Puchta

Puchta's Vorlesungen

über

das heutige römische Recht.

Vierte vermehrte und verbesserte Auflage.

Erster Band.

Vorlesungen

über

das heutige römische Recht

von

Georg Friedrich Puchta.

Aus dessen Nachlaß herausgegeben

von

Dr. Adolf August Friedrich Rudorff,
Geh. Justizrath und ord. Professor der Rechte zu Berlin.

Vierte vermehrte und verbesserte Auflage.

Erster Band.

Leipzig,

Verlag von Bernhard Tauchnitz.

1854.

Vorrede des Herausgebers

zur vierten Auflage.

Es war längst mein Wunsch Puchta's Vorlesungen über das heutige römische Recht, deren Redaction ich bis jetzt, durch die gleichzeitige und wiederholte Herausgabe der Institutionen, Pandekten und Kleinen Schriften in Anspruch genommen, fremder jüngerer Hand anvertrauen mußte, einer eigenen genauen Durchsicht und Bearbeitung zu unterziehen.

Nachdem sich durch die vorläufige Erledigung jener dringenderen Arbeiten die nöthige Muße endlich gefunden hatte, mußte ich es als meine erste Aufgabe erkennen, Puchta's Vorlesungen, wie er sie zuletzt gehalten, in möglichster Vollständigkeit und Reinheit herzustellen, indem ich Alles ausschied, was sich als falsche Lesart oder fremder Zusatz in die bisherigen Redactionen eingeschlichen hatte, aber auch Alles aufnahm, dessen Authenticität durch sichere Ueberlieferung beglaubigt war.

Eine solche Beglaubigung gewährte, mit Ausnahme zweier unbedeutender Lücken §. 143—146, 187 und 188,[1] das eigenhändige mit äußerster Sauberkeit und Genauigkeit ausgearbeitete Originalheft Puchta's, welches den Text bis auf wenige Stellen in der für den mündlichen Vortrag bestimmten Ausführung giebt und sich nur bei den Beispielen oder sehr bekannten unzweifelhaften Sätzen auf bloße Andeutungen beschränkt. Die allernächste Arbeit mußte daher in einer durchgängigen Vergleichung dieses Hefts mit der dritten Ausgabe bestehen, um die eingeschlichenen

1) Die betreffenden Blätter sind bei den ersten Ausgaben benutzt, später aber verloren gegangen.

Fehler und Verwässerungen zu beseitigen und den wenn auch kurzen und eckigen, doch immer scharfen, körnigen und deutlichen Ausdruck der Urschrift möglichst, d. h. die Ausführung der Skizzen vorbehältlich, wieder herzustellen.

Ein Heft von dieser Beschaffenheit ließ schon im Voraus bedeutende Abweichungen und Zusätze beim mündlichen Vortrage nicht erwarten und diese Präsumtion hatte bereits durch die bei den bisherigen Ausgaben benutzten Nachschriften einiger Zuhörer Puchta's ihre Bestätigung erhalten. Dennoch wurde, um auch in dieser Richtung nichts unversucht zu lassen, was zur Vervollständigung des Originalhefts aus den mündlichen Vorträgen führen konnte, in der Vorrede zur dritten Auflage eine Aufforderung an seine zahlreichen Schüler erlassen, Beiträge dieser Art entweder dem Herausgeber einzusenden oder in anderer Form zu veröffentlichen.

Diese Aufforderung ist nicht unbeantwortet geblieben. Unter dem Titel: Supplement (Berichtigungen und Ergänzungen) zu G. F. Puchta's Pandekten-Vorlesungen, mitgetheilt von Wilhelm Parbs, Advocat, Schwerin und Rostock 1852, 112 Seiten 8. min. ist eine Anzahl von Correcturen und Zusätzen im Druck erschienen, welche aus einer Vergleichung der beiden ersten Auflagen der Vorlesungen mit dem nachgeschriebenen Heft dieses ehemaligen Zuhörers hervorgegangen sind. Wie dankenswerth jedoch immerhin die Gabe war, so ist doch ihre Ausbeute noch unter der Erwartung geblieben.

Das Parbs'sche Supplementheft enthält nämlich vier verschiedene Bestandtheile: 1) Eigene Zuthaten zu Puchta's Lehrbuch der Pandekten, meist aus v. Savigny's System, dazu im Anhang: Berichtigungen von Druckfehlern in der dritten noch von Puchta selbst besorgten Ausgabe seiner Pandekten, 2) Eigene Zuthaten zu den Vorlesungen, ebenfalls zumeist aus v. Savigny's System, am Schluß ein Excurs über die Capacität und eine Uebersicht der Ordnung der Materien in der Compilation als Zugabe, 3) Berichtigungen von Irrthümern in der ersten und zweiten Ausgabe der Vorlesungen, 4) Nachgeschriebene mündliche Erläuterungen und Zusätze Puchta's.

Davon konnten Num. 1) und 2) theils als nicht hierher gehörig, theils als Eigenthum eines Dritten bei der gegenwärtigen Ausgabe überall nicht berücksichtigt werden.

Eben so wenig konnte von den Berichtigungen zu den Vorlesungen (Num. 3) Gebrauch gemacht werden, da in diesem Puncte das Originalheft ein weit sichereres und vollständigeres Correctiv darbot. Denn manche recht schlimme Fehler der früheren Ausgaben sind in den „Berichtigungen" ganz übersehen, in anderen Puncten bieten sie bloß gleichgültige Abwechselungen mit synonymen Ausdrücken, zu einem großen Theile endlich bedürfen sie selbst wieder der Berichtigung, da sie wahre Verschlimmbesserungen enthalten, die entweder auf mangelhafter Auffassung des mündlichen Vortrags durch den Zuhörer oder auf unberechtigter Meisterung selbst der eigenthümlichen Rechtschreibung und Interpunction des Lehrers beruhen.[2]

Es kommen mithin nur die Zusätze (Num. 4) in Betracht, welche der Lehrer beim mündlichen Vortrage gemacht und der Zuhörer nachgeschrieben hat. Die Mehrzahl enthält Erläuterungen der im Originalheft nur angedeuteten Beispiele, einige sind Extensionen des dort nur skizzirten Textes. Im Ganzen macht die Parbs'sche Nachschrift in diesem Theile den Eindruck größerer Verläßlichkeit als bei Num. 3); gleichwohl fehlt es auch hier nicht an Mißverständnissen, wie sie bei dem Auffassen des mündlichen Vortrags durch einen jugendlichen Zuhörer ja so leicht vorkommen.[3] Wenngleich demnach diese mündlichen Supplemente unbedenklich aufzunehmen waren, so fehlte ihnen doch die urkundlich sichere Beglaubigung des vom Verfasser concipirten Originalheftes, weshalb sie als bloß traditionelle Ueberlieferungen durch Einschluß in Klammern ([ ]) von dem Canon des ersteren allenthalben unterschieden werden mußten.

---

2) Im ersten Bande sind folgende angebliche Berichtigungen aus diesen Gründen unzuläßig: Zu S. 48 Zeile 5 v. u. 53, 5. 54, 9. 66, 11 v. u. 88, 21. 104, 2. 126 ult. 127, 1. 129, 10. 134, 10. 136, 4 u. 11. 137, 7. 139, 16. 141, 11 u. 4 v. u. 142, 13. 144, 9. 147, 6 v. u. 150, 11. 153, 12. 158, 6. 171, 6. (ed. 2. 173, 10 v. u.) 175, 18. (181, 16.) 181, 14. (184, 3.) 187, 23. (190, 12.) 191, 21. (194, 17.) 196, 22. (199, 14.) 200, 25. (203, 21.) 201, 1. (203, 4.) 204, 21. (207, 19.) 206, 13. (209, 11.) 207, 3. (210, 4 v. u.) 210 (213) 11, 14, 5 v. u. 218 (221) 5. 222 (225) 25. 224 (227) ult. 226 (229) 3. 227 (230) 14. 228 (231) 17. 230 (233) Note 2, 1. 232 (235) 14, 24. 233 (236) 20. 237 (240) 5. 240 (243) 16. 248 (251) 18. 251 (254) 31. 253 (256) 2, 4 v. u. 257 (260) 19. 269 (272) 20. 270 (273) 6. 272 (275) 17. 279 (282) 7 v. u. 281, 12 v. u. (284, 13 v. u.) 289 (292) 15 v. u. 297 (300) 16. 307 (310) 14. 318 (321) 5. 319 (322) ult. 330 (333) 16 v. u. 333 (336) 25. 337 (340) 21. 347 (350) 16. 348 (351) 15. 350 (353) 1, 12, 13, 21, 22. 365 (368) 7. 378 (381) 29. 399 (402) 13.

3) Einzelne Belege sind z. B. zu §. 71 Note 4. 5. 6. 8. §. 83 Note 3. §. 84 Note 1. §. 99 Note 1. §. 127 Note 1. §. 142 Note 6. 8. §. 146 Note 1. §. 173 Note 5. angemerkt.

In dieser Weise also bin ich die Vorlesungen des Verfassers in ihrer Vollendung zu reproduciren bestrebt gewesen.

Unstreitig aber würde Puchta selbst, bei längerer Wirksamkeit mit der fortschreitenden Wissenschaft Schritt gehalten und daraus wie im Lehrbuch so auch in der Vorlesung manche Berichtigung, Umgestaltung und nähere Bestimmung des Gegebenen entnommen haben.

Der zweite Theil meiner Aufgabe mußte demnach in eine kritische Ueberarbeitung der hergestellten und vervollständigten Vorlesung ausgehen, um Richtiges und Irriges, Bleibendes und Veraltetes zu scheiden und die unterbrochene Arbeit im Sinne des Verfassers fortzuführen.

Daß dieses Geschäft ohne Gefährdung der fortwährenden Wirksamkeit der Vorlesungen nicht unterbleiben durfte schien unbestreitbar, seine Schwierigkeit für eine fremde Individualität habe ich mir natürlich nicht verhehlt.

Die Resultate dieser Epikrise sind in einer bedeutenden Anzahl von Noten niedergelegt,[4] welche durch die Chiffre A. d. H. als Anmerkungen des Herausgebers bezeichnet sind, viele darunter sind kritischen und polemischen, andere apologetischen Charakters, eine Anzahl endlich enthält weitere Ausführungen und Zusätze, so weit alles Dieses in einer Vorlesung am Ort war.

Mit der Bearbeitung des zweiten Bandes wird unmittelbar fortgefahren werden.

Der Gebrauch des Ganzen endlich ist durch einen Index erleichtert, dessen Anfertigung sich einer meiner eifrigsten Zuhörer, Herr Studiosus juris Friedrich Schloß aus Frankfurt am Main unterzogen hat.

Berlin, Ostern 1854.

Rudorff.

---

4) Im ersten Bande sind dergleichen zu den §§. 1—4. 5—8. 15. 16. 19. 21. 26. 35. 36. 37. 38. 40. 45. 46. 48. 51. 61. 63. 65. 69. 74. 75. 77. 79. 80. 84. 85. 87. 88. 90. 94. 95. 99. 101. 102—104. 105. 107. 111. 113. 114. 115. 118. 122. 123. 125. 127. 128. 133. 134. 137. 139. 142. 148. 154. 155. 157. 159. 160. 166. 168. 170. 173. 174—177. 178. 179. 181. 183. 189. 190. 191. 193. 197. 202. 205. 207. 208. 210. 212. 216. 217. Beilage I. III. IV. VII. VIII. XI. XII. XIV. XV.

Inhaltsübersicht.

Der Verfasser hat verschiedene Paragraphen des Systems unter Verweisung auf sein Lehrbuch in den Vorlesungen gar nicht, andere nur theilweise ausgeführt. Bei den ersteren ist mit einem vorgesetzten L auf die betreffende Seitenzahl der siebenten Auflage des Lehrbuchs der Pandekten, besorgt von Dr. A. Rudorff 1853 verwiesen (z. B. L 9 = Seite 9 des Lehrbuchs), bei den letzteren mit einem nachgesetzten L die Seitenzahl in den Vorlesungen angegeben worden (z. B. 423 L = Seite 423 der Vorlesungen, siehe auch den betreffenden § des Lehrbuchs).

F. S.

Einleitung.

(§. 1—9ª.) S. 1—20.

Erstes Buch. Von den Rechtsvorschriften.

(§. 10—21.) S. 21—55.

Erstes Kapitel. Die Rechtsquellen. S. 21—44.

Viertes Buch. Die Rechte an der eigenen Person.
(§. 114—139.) S. 252—305.

Erstes Kapitel. Das Recht der Persönlichkeit. S. 252—261.

Zweites Kapitel. Das Recht des Besitzes. S. 261—305.

Beilagen.

(Nr. 1—19.) S. 451—500.

Einleitung.

Das römische Recht der Gegenwart.

§. 1—4.

Das Thema der ersten vier §§. dieser Einleitung ist: Wir haben es zu thun mit dem römischen Recht, und zwar in dem Abschluß unter Justinian, ferner aber mit ihm als einem heutigen, wobei die Frage entsteht, wodurch ist das römische Recht ein Recht der Gegenwart, und wie ist es dieses geworden?

Dem römischen Recht war ein doppeltes Leben bestimmt; ein erstes, in dem Volk, von dem es den Namen hat, ein zweites, über die Jahrhunderte, die diesem Volk zugemessen waren, hinaus.

Jenes erste Dasein schließt sich mit den ersten dritthalb Jahrhunderten der christlichen Zeitrechnung. Diese letzten Zeiten des nationellen Rechts (von August bis Diocletian und Constantin) sind ausgezeichnet durch die wissenschaftliche Ausbildung, die es damals erhalten hat. Damals waren die classischen Juristen thätig, welche die juristischen Lehrer und Muster aller folgenden geworden sind. Eine Wissenschaft kann einen nationellen Gegenstand haben: die Rechtswissenschaft hat einen solchen; aber die wahre Wissenschaft ist selbst nichts nationelles, sie giebt auch dem nationellen Gegenstand einen über die Schranken des einzelnen Volks und des besonderen Zeitalters hinausreichenden Gehalt. Es ist wie mit der wahren Kunst. Die griechische Kunst hatte sehr nationelle Gegenstände, die Geschichte, die Religion des Volks, der geistige Zauber aber, den sie darüber ausgegossen hat, hat ihre Schöpfungen zu Gegenständen der Bewunderung und zu Bildungsmitteln für alle Zeiten gemacht, für die neuere Welt, die durch ihren Stoff als solchen nicht mehr erregt wird. Es ist nicht Jupiter und Apoll, nicht Achill und Oedipus, die zu unserm

Herzen, es ist die ewig schöne Form, es ist der Gedanke des Künstlers und Dichters, der zu unserm Geiste spricht. Ebenso in der Wissenschaft; was das Alterthum an wahrer Wissenschaft hervorgebracht hat, ist nicht mit den Völkern vorübergegangen, es ist etwas unvergängliches, das auf Unsterblichkeit Anspruch hat, dem sich überall, wo der Geist regiert, eine neue Heimath öffnet.

Durch das eminente Talent, mit dem jene römischen Juristen ihr hergebrachtes Recht vergeistigten, haben sie ihm dieselbe Unsterblichkeit verliehen, die wir den Gebilden der Kunst zuerkennen, sie haben ihm die Kraft und den Beruf gegeben, auf andere Zeiten und Völker überzugehen.

Als ein solcher Uebergang auf andere Zeiten muß schon der Eintritt des römischen Rechts in den neuen Staat angesehen werden, der mit Diocletian und noch entschiedener mit Constantin beginnt. Dieser Staat heißt noch der römische, aber dies ist nur ein Name, das römische Volk war in Wahrheit damals schon untergegangen, an seine Stelle traten die verschiedenen Völkerschaften aller Welttheile, die unter die Herrschaft der Kaiser zu einem bunten Staat zusammengeworfen waren. Diese Kaiser hatten nicht mehr Recht, ihren Staat an den alten römischen anzuknüpfen, als Karl der Große und seine Nachfolger deutscher Nation, ihr Reich unter dem Namen des heiligen römischen Reichs als Fortsetzung jenes Staates zu betrachten.

Jene Kaiser von Constantin an hatten eine doppelte Aufgabe, einmal manches Einzelne des überlieferten Rechts zu modificiren und den neueren Zuständen anzupassen, sodann aber Anstalten zu treffen, das Ganze zu bewahren, es durch eine entsprechende Form zugänglicher zu machen und gegen die Ungunst der Zeit in Schutz zu nehmen. Mit jenen einzelnen Modificationen des alten römischen Rechts eröffnet sich die Reihe der Veränderungen, die mit einzelnen Bestimmungen desselben nachher durch das canonische Recht, die deutschen Gesetze und die Praxis fortgesetzt worden sind.

Das Letzte vor allem ist nach manchen verunglückten Versuchen seiner Vorgänger Justinian gelungen. Dieser hat in seinen Sammlungen, die wir unter dem Namen des Corpus iuris civilis zusammenfassen, dem römischen Recht die Gestalt gegeben, in der es seit dieser Zeit hauptsächlich gewirkt hat. Von den vier Stücken desselben ist das vornehmste, der geistige Mittelpunkt des

Ganzen, das Werk der Pandekten, aus den classischen Schriften der alten Juristen zusammengesetzt, die hauptsächlichste Quelle für das Studium des römischen Rechts, von dem daher auch diese Vorträge ihren Namen tragen. Ein Anhang oder eine Einleitung dazu sind die Institutionen, vorbereitend für das Studium der Pandekten. Den Pandekten gegenüber steht der Codex, eine Sammlung von Constitutionen der früheren und späteren Imperatoren; die der früheren aus der classischen Zeit der Jurisprudenz, unter dem Einfluß dieser entstanden, besitzen selbst einen wissenschaftlichen Werth, die der späteren enthalten jene Modificationen und Fortbildungen des älteren Rechts, welche für seine Verpflanzung auf andere Zeiten und Völker nothwendig schienen und großentheils auch waren.

An den Codex schließen sich als späterer Anhang die Novellen, einzelne Gesetze Justinians, in denen jene Modificationen fortgesetzt, und zum Theil für manche Rechtsinstitute (hauptsächlich für das Erbrecht) in viel größerem Styl als vorher ausgeführt sind.

Die Zeitbestimmungen dieser vier Bestandtheile des Corpus Juris s. im Lehrbuch §. 1.

Die constantinische Zeit ist als erste Epoche des zweiten Lebens des römischen Rechts bezeichnet worden. Eine zweite Epoche fällt 800 Jahre später, sechsthalbhundert Jahre nach Justinian, in den Anfang des zwölften Jahrhunderts. Um diese Zeit trat ein Mann in Bologna auf, Irnerius, von allgemeiner wissenschaftlicher Bildung, der den justinianischen Sammlungen eine wissenschaftliche Forschung und Behandlung zuwendete. Er schrieb dazu kurze Noten, Glossen, und öffnete zugleich eine Schule des römischen Rechts, aus welcher die Universität Bologna, und später andere in jenen Gegenden hervorgingen. Man nennt Irnerius und seine Nachfolger bis in die Mitte des dreizehnten Jahrhunderts Glossatoren. Diese Glossatoren fanden das römisch-justinianische Recht vor als in Italien und einigen angränzenden Ländern geltendes Recht. Es war dahin theils noch unter Justinian, theils später verpflanzt worden und an die Stelle anderer unvollkommenerer Rechtsbücher getreten. Das römische Recht hatte in Italien, Frankreich, Spanien nie aufgehört als Landesrecht zu gelten, aber in den Jahrhunderten vor der Glossatorenzeit war sein Dasein ein sehr kümmerliches, unvollkommenes, seine Kenntniß in

jenen Zeiten tiefer Unwissenheit eine durchaus mangelhafte. Dies war so sehr der Fall, daß später die Meinung entstehen konnte, es sei mehrere Jahrhunderte gänzlich außer Gebrauch gewesen, und erst durch die Glossatoren wieder entdeckt worden.

Dies ist ein entschiedener und jetzt vollkommen beseitigter Irrthum. Aber wenn die Glossatoren auch nur ein Recht bearbeiteten, das sie als geltend vorfanden, so gaben sie doch diesem Recht ein so ganz neues Dasein, daß der Unterschied ihrer Epoche und ihrer Vergangenheit nicht größer sein könnte, wenn sie es erst hätten entdecken und neu einführen müssen. Dies zeigt sich besonders in zwei Punkten (Theorie und Praxis).

Die Kenntniß des römischen Rechts und daher auch seine Anwendung in den Ländern, wo es hergebracht war, war unendlich mangelhaft, manche Theile wurden fast gar nicht gebraucht, denn man besaß sie großentheils nur sehr unvollständig, und die man besaß, verstand man sehr schlecht zu benutzen. Irnerius und seine Nachfolger brachten nicht bloß die justinianischen Gesetzbücher vollständig zusammen, sondern sie setzten sich auch in so kurzer Zeit, daß es wie ein Wunder erscheint und Staunen vor der geistigen Kraft dieser Männer einflößen muß, in den vollständigsten Besitz des durch diese Bücher hindurch zerstreuten Stoffs. Sie machten sich so heimisch in dem ganzen ausgedehnten Corpus Juris, daß ihnen keine Stelle entging, daß ihnen jede, die eine gewisse Materie betraf, wo sie auch, oft wie in einem Winkel verborgen, stehen mochte, allezeit gegenwärtig war, daß sie so im Stande waren, jeden Rechtssatz durch das Zusammennehmen aller Entscheidungen zu bestimmen, zu erläutern, zu rectificiren. Diese Beherrschung des im Corpus Juris zerstreuten Materials, und die Erläuterung seines Inhalts aus ihm selbst heraus, ist die vornehmste theoretische Leistung jener Glossatorenschule, jener Väter der neuen Jurisprudenz, das Verdienst, das sie sich um die Folgezeit erworben, und wodurch sie dieser vorgearbeitet, und sie in Stand gesetzt haben, auf dieser gewonnenen Grundlage weiter fort zu bauen.

Schon in diesen theoretischen Leistungen steht die Zeit der Glossatoren unvergleichbar hoch über der vorangegangenen, unwissenschaftlichen Zeit, ja sogar über dem Zeitalter Justinians selbst. Aber einen nicht weniger großen Umschwung in der neuen Geschichte des römischen Rechts bewirkten sie durch die praktischen

Resultate, die sie erreichten, durch die ungeheure Ausdehnung, die sie der Anwendung des römischen Rechts gaben.

Das römische Recht galt bis dahin als Landesrecht, wo es hergebracht, in alter Zeit durch die Regenten eingeführt worden war. Außerdem galt es noch als angestammtes Recht der Geistlichkeit. Ganz anders faßten die Glossatoren dieses Recht auf. Sie betrachteten es wie andere Ueberlieferungen des Alterthums als ein Gemeingut der civilisirten Menschheit, als den verkörperten juristischen Verstand, dem sich niemand entziehen könne, als ein von den Schranken der Nationalität befreites Recht. So trugen sie es ihren Zuhörern vor, so nahmen diese es auf; bloß diese Behandlung war es, die Bologna damals zu einer Weltuniversität machte, zu welcher Männer von den entferntesten Enden des christlichen Europa herankamen.

Eine Unterstützung fand diese Auffassung in den damaligen politischen Zuständen. Das damalige heilige Römische Reich, das sich der Theorie nach über die ganze Christenheit erstrecken sollte, wurde als Fortsetzung des alten römischen betrachtet, die römischen Kaiser als Vorfahren der deutschen. So konnte den justinianischen Gesetzen eine unmittelbare Gültigkeit vindicirt werden; sie erschienen nicht als fremde, sondern als Gesetze desselben Staates, in dem man gegenwärtig noch lebte.

Aber man darf auf diese äußerlichen, materielleren Gründe kein zu großes Gewicht legen. Sie würden für sich nicht im Stande gewesen sein, die Wirkung hervorzubringen, daß das römische Recht in alle Länder Eingang fand. Für Manche wäre es eher ein Grund der Opposition gewesen, wie denn später auch in Deutschland die Politiker zu finden meinten, die kaiserliche Macht werde durch das römische Recht übermäßig begünstigt, ein Vorwurf, den wie so manche ähnliche die Geschichte freilich auf das eclatanteste widerlegt hat; das römische Recht hat immer zu-, die kaiserliche Macht immer abgenommen. Der wahre Grund des Eingangs des römischen Rechts in solche Länder, wo es bisher nicht gegolten hatte, war sein wissenschaftlicher Werth, der dem geistigen Aufschwung jener Zeiten entgegenkam, und jene wissenschaftliche Ueberzeugung von seinem allgemein europäischen Charakter, in welcher die Glossatoren nur die Organe einer allgemeinen Ansicht aller Gebildeten der damaligen Zeit waren,

und die daher, einmal ausgesprochen, wie ein Blitz aller Orten zündete.

Die Aufnahme der neuen römischen Jurisprudenz fand in Spanien kein Hinderniß, dort war das römische Recht von jeher Landesrecht, nur zum Theil in anderer unvollkommenerer Gestalt, ebenso im südlichen Frankreich, während in den nördlichen Theilen dieses Landes sich später ein Conflict mit den dortigen germanischen Gewohnheitsrechten ergab. Aber auch dort machte es sich geltend, und die es am meisten beschränken wollten erkannten ihm doch die höchste wissenschaftliche Autorität zu. Es ging über den Canal nach England und Schottland, in welchem letzteren Lande es noch jetzt bedeutendes Ansehen und Gültigkeit genießt, und dadurch der schottischen Jurisprudenz einen entschiedenen Vorzug vor der englischen giebt, welche letztere kaum einen wissenschaftlichen Charakter hat. Es kam nach Scandinavien, denn auch aus diesem entfernten Norden fanden sich begabte Männer durch Bologna angezogen.

Deutschland blieb hinter den übrigen Ländern nicht zurück, die Deutschen bildeten in Bologna eine sehr bedeutende Landsmannschaft mit wichtigen Privilegien. Schon im zwölften Jahrhundert stellte es sich unter allen Deutschen, die der Sache wissend waren, fest, daß vor Allem in Deutschland, dem Mittelpunkt des neuen römischen Reichs, das römische Recht ein geltendes sein müsse, daß es ein Eigenthum Deutschlands sei, daß die Deutschen nicht weniger als andere Völker berufen seien, an der Spitze dieser geistigen Bewegung zu stehen. Diese Ansicht findet sich im zwölften und dreizehnten Jahrhundert mannigfach ausgesprochen, bald nachher auch in Reichsgesetzen, nicht als eine erst zu legalisirende, sondern als eine vollendete Thatsache. So in einem Reichsabschied unter Kaiser Ludwig IV. 1342. Bei der Einrichtung des Reichskammergerichts wurden die Richter und Beisitzer angewiesen, das römische Recht als eine der vornehmsten Quellen ihrer Entscheidungen zu betrachten, 1495.

Die wirkliche Anwendung in den Gerichten war im zwölften bis vierzehnten Jahrhundert noch aufgehalten durch die Besetzung der Gerichte mit ungelehrten Schöffen. Allmälich drangen die Studirten in die Gerichte, von dieser Zeit an wurde seine Anwendung allgemein, auch für die unstudirten Geschäftsmänner wurde durch populären Unterricht gesorgt: Ulrich Tenglers

Layenspiegel (deutsches und römisches Recht), Sebastian Brant's[1] Klagspiegel (fast ausschließlich römisches Recht), beide aus dem sechszehnten Jahrhundert.

Noch im funfzehnten Jahrhundert kam die wirkliche Anwendung in ganz Deutschland zum Vollzug.

Von dieser Zeit an beginnt eine sehr reichhaltige Literatur des römischen Rechts in Deutschland. Durch das römische Recht geschah es, daß Deutschland an die Spitze der modernen Rechtsgelehrsamkeit trat. Unsere südlichen Nachbarn waren im Mittelalter, unsere westlichen im sechszehnten Jahrhundert unsere Lehrer im römischen Recht. Jetzt sind wir im Stande, ihnen das Empfangene zurückzuerstatten. Das römische Recht ist ferner nicht etwa auf die Schule und die Werkstätten der Wissenschaft beschränkt geblieben, es ist in das Leben, in Fleisch und Blut des Volks übergegangen, und keinen geringen Antheil an dieser Thatsache haben die Gesetzgebungen des Reichs und der einzelnen Länder, in denen der Einfluß der römischen Jurisprudenz durchaus der vorwiegende ist.

Die Resultate des Bisherigen sind in folgenden Sätzen enthalten:

1) das römische Recht ist für uns keine Vergangenheit, sondern eine Gegenwart.

2) Seine Eigenschaft als heutiges Recht hat es nicht durch die Autorität eines Gesetzgebers (ein früherer Irrthum, der längst beseitigt ist), sondern durch die Kraft der wissenschaftlichen Ueberzeugung. Die Reception des römischen Rechts ist kein momentaner Act, sondern ein allmäliger Eingang in die rechtliche Ueberzeugung, und in die Praxis der Gerichte. Es ist nicht ein übergeworfenes Gewand, sondern ein in unsern Organismus übergegangenes und mit unsern Zuständen assimilirtes Lebenselement.

3) Seine Wirkung als heutiges Recht äußert es

a) durch die Gesetzeskraft, die es in Deutschland erhalten hat, und in den meisten Ländern noch besitzt (s. unten).

b) durch seinen Einfluß auf die neuen Gesetzgebungen, deren vornehmste Wurzel es ist.

---

1) (Vgl. Adrian, Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß N. F. I. Num. 10. (1845) S. 425 ff. Gerber, wiss. Princip des deutschen Privatr. 1846. S. 127. Not. 14. A. d. H.).

c) durch seine Bedeutung für unsere Rechtswissenschaft, unser ganzes Rechtssystem beruht auf römischen Rechtsgedanken. Dies ist insofern die wichtigste Seite des Verhältnisses, als diese Thatsache eine schlechterdings nicht aufzuhebende ist.

Es ist noch zu bestimmen, was von dem römischen Recht als heutiges zu betrachten ist. Im Einzelnen wird sich dies aus dem ganzen Verlauf dieser Vorträge ergeben, die eben das römische Recht der Gegenwart, und nur dieses, nicht das vergangene, darstellen sollen. Aber es giebt darüber gewisse allgemeinere Regeln, die hier ihren Platz finden.

1) Nur das römische Recht in der Gestalt, die Justinian ihm gegeben hat, ist recipirt, nicht das s. g. ius anteiustinianeum d. h. die Ueberlieferungen von Rechtsquellen und Schriften aus der früheren Zeit, die nicht Theile des Corpus Juris Civilis sind. Diese Ueberlieferungen haben auf uns nur eine mittelbare juristische Beziehung, als die vornehmsten Hülfsmittel zur richtigen Erkenntniß des justinianischen Rechts. Nicht ferner das s. g. ius postiustinianeum d. h. die Gesetzgebungen der späteren byzantinischen Kaiser. Dies sind zum Theil einzelne Gesetze, z. B. 113 Novellen des Leo Philosophus aus dem 9. Jahrhundert, welche vielen Ausgaben des Corpus Juris angehängt sind. In der Sammlung der justinianischen Novellen, die den jetzigen Ausgaben zu Grunde liegt, sind sieben nicht von Justinian, sondern von seinen unmittelbaren Nachfolgern Justin II. und Tiber II.; diese sind ohne juristische Bedeutung für uns. Zum Theil sind sie Gesetzbücher, kürzere oder ausgedehntere Bearbeitungen der justinianischen Gesetzbücher, die ausführlichste die Basiliken (kaiserliche Rechte) aus dem neunten Jahrhundert. Auch von diesen kann Gebrauch gemacht werden zur Erläuterung des justinianischen Rechts. Es liegt aber in der Natur der Sache, daß sie in dieser Hinsicht von viel geringerer Wichtigkeit sind als die vorjustinianischen Ueberlieferungen.

2) Von dem justinianischen Recht sind manche Theile durch die Glossatoren als unanwendbar ausgeschieden worden, diese sind auch nicht recipirt worden, man folgte hierin der Autorität der Glossatoren, welche ihnen ihre Eigenschaft als Vermittler der Reception gab. Dasselbe gilt aber auch von dem, was den Glossatoren nicht bekannt war, und erst später ergänzt worden ist, sei

es aus vollständigeren Handschriften, oder aus andern Quellen (z. B. den Basiliken). Die Ausschließung bekräftigten die Glossatoren dadurch, daß sie solche Stellen in ihren Glossen übergingen. Daher die Regel: quidquid non agnoscit glossa nec agnoscit curia. Die Institutionen hatten die Glossatoren vollständig und schlossen auch nichts aus. Die Pandekten hatten sie fast vollständig bis auf einige Stellen,[2] die erst im sechszehnten Jahrhundert aus den Basiliken restituirt und deshalb auch nicht glossirt sind, absichtlich schlossen sie keine aus. In dem Codex werden von ihnen die vielen griechischen Constitutionen ignorirt, sie sind in ihren Handschriften gar nicht abgeschrieben, die Ausgaben haben sie erst durch Restitution aus andern Quellen. So sind viele Stellen im Codex nicht glossirt, zum größten Theil weil sie in ihren Handschriften von Anfang fehlten, einige, die sie selbst der Sprache wegen noch fallen ließen, einige endlich ihres Inhalts wegen. — Auch von den Novellen haben sie viele als unanwendbar ausgeschlossen, es giebt nur 96 glossirte Novellen.[3] Hier war die Sprache kein Hinderniß, denn sie hatten zwei lateinische Bearbeitungen: den Auszug des Julian und das Authenticum, eine vollständige Uebersetzung. Blos der letzteren erkannten die Glossatoren Gesetzeskraft zu. Man nennt sie versio vulgata im Gegensatz zu neuen Uebersetzungen der Novellen und zu dem griechischen Text. Eine solche Uebersetzung recipirten sie auch von den wenigen griechischen Stellen in den Digesten.

Eine Streitfrage besteht über mögliche Conflicte zwischen dem seit dem sechszehnten Jahrhundert bekannten griechischen Text und der versio vulgata. Nach der einen Meinung soll der griechische Text den Vorzug haben, denn es seien die Novellen recipirt, nicht die Uebersetzung, so wenig als gewisse Lesarten. Dabei hat man den Fehler begangen, dem griechischen Text durchgängig die Ehre des Originals zu geben, was er nicht überall ist. Die andere Meinung behauptet, die versio vulgata sei der Text, in dem die Novellen recipirt worden, ihre Autorität folge aus der Regel quidquid agnoscit glossa etc. Diese ist zuletzt vertheidigt von

2) L. 7. §. 5., L. 8—11. de bon. damn. (48,20.), L. 10—19. de interd. et releg. (48, 22.).

3) Nov. 1—10. 12. 14—20. 22. 23. 33. 34. 38. 39. 44. 46—49. 51—58. 60. 61. 66. 67. 69—74. 76—86. 88—100. 105—109. 111—120. 123—125. 127. 128. 131. 132. 134. 143. 159.

Osenbrüggen,[4] viel gründlicher und lehrreicher, als es sonst zu geschehen pflegt.

Meiner Ansicht nach muß so unterschieden werden:

1) ist der Satz der versio vulgata wirklich Gewohnheitsrecht geworden, was sich nur im Einzelnen entscheiden läßt, so ist aus diesem Grund dabei stehen zu bleiben.

2) Läßt sich dies nicht nachweisen, so kann das Verhältniß beider das verschiedener Lesarten sein, namentlich, wo das griechische Original der Vulgata eine andere Lesart hatte, als der jetzt bekannte griechische Text. Hier ist die Aufgabe, zu ermitteln, welches die richtige Lesart ist; einen absoluten Vorzug kann man der von der Vulgata befolgten so wenig zusprechen, als bei den übrigen Stücken des Corpus Juris der Lesart der Glossatorenhandschriften.

3) Ist es erweislich, daß die Abweichung der Vulgata nicht in einem eigenthümlichen griechischen Text, sondern in der Unwissenheit des Uebersetzers ihren Grund hat, so ist der richtige Sinn, der sich aus dem griechischen Text ergiebt, vorzuziehen.[5]

4) Hat die Abweichung in einer Emendation der Glossatoren ihren Grund, so hängt alles von ihrer Richtigkeit ab. Eine äußere Autorität steht dieser wissenschaftlichen Arbeit der Glossatoren so wenig zu, als ihren sonstigen Interpretationen der Stellen.

Die Glossatoren haben nicht blos ausgeschieden, sondern auch zugesetzt. So die libri feudorum, ferner die authenticae fridericianae, Gesetze von Friedrich I. und II., welche sie ganz oder im Auszug in den Codex setzten. Diese Stücke wurden ebenso als gültig behandelt, wie der ursprüngliche Inhalt des Corpus Juris.

Noch eine Classe von Zusätzen ist im Codex, die nur der Form nach dem römischen Recht fremd sind, Auszüge nämlich aus

---

4) Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. XVII. 11. (1842). (Besonders auf die Autorität von Arthur Duck, de usu et auct. iur. civ. rom. lib. 1. c. 4. §. 16. A. d. H.).

5) (Z. B. in Nov. 22. c. 2. §. 1. (Authenticum ed. Heimbach I. p. 211): Si vero quidquam testator disposuerit quod iam latis praeoccupatum (vetitum) sit legibus, vel quod contra leges in universum aliquid praeceperit statt des sinnlosen nihil und nec aliquid in der Vulgata, wonach also dem zuerst sterbenden Ehegatten die Remissionsbefugniß der Nachtheile zweiter Ehe abzusprechen ist §. 428. Not. a* des Lehrb. Majer, Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß N. F. Bd. V. Nr. 7. (1848). A. d. H.).

den Novellen, Authenticae schlechtweg. Diese Auszüge bildeten ursprünglich einen Theil der Glosse. Nach und nach kamen sie in den Text, so daß sie jetzt in allen Ausgaben, auch den unglossirten stehen. Zuweilen ist der Auszug mangelhaft, und giebt den Sinn der Novelle nicht ganz richtig wieder.[6] Unzweifelhaft muß hier die Novelle vorgehen, der Auszug hat so wenig eine selbstständige Autorität, als der übrige Inhalt der Glosse, zu der diese Auszüge ursprünglich gehörten.

5) Manche Lehren und Institute des römischen Rechts sind für die Gegenwart zur Antiquität geworden, weil sie zu den heutigen Zuständen nicht passen. Zum Theil sind es solche, welche noch die Glossatoren als mehr oder weniger (direct oder indirect) anwendbar behandelten. Zwei Regeln sind hier zu geben:

a) Eine ganze Classe von Rechtssätzen ist für nicht recipirt zu achten: das ganze römische Staatsrecht. Dies schließt nicht aus, daß manche publicistische Sätze doch Anwendung gefunden haben, aber dies ist die Ausnahme, die besonders nachzuweisen ist. Wer sich hier auf römisches Recht beruft, hat die Vermuthung gegen sich.

b) Für das übrige Recht gilt die umgekehrte Regel: das römische Recht ist anwendbar, die Unanwendbarkeit ist die Ausnahme (der sich darauf Berufende hat fundatam intentionem).[7] Es giebt eine nicht geringe Zahl solcher Ausnahmen, nur lassen sie sich nicht unter einen allgemeinen Begriff zusammenfassen. Es sind Fälle, wo das deutsche Gewohnheitsrecht den römischen Rechtssatz aufgehoben hat, wie z. B. den Rechtssatz, daß aus einem bloßen Pactum keine klagbare Obligatio entstehe, damit zusammenhängend die Stipulation.

Verhältniß des römischen Rechts zu unserm übrigen Recht.

§. 5—8.

Es kommt hier in Betracht das canonische Recht und das einheimische Recht, theils das gemeine, theils das partikuläre.

---

6) S. z. B. die Auth. Rogati C. de test. (4, 20.) aus Nov. 90. c. 2.

7) (Diesem Satz darf jedoch keine prozeßrechtliche Geltung für die Beweislast beigelegt werden, da diese bei Rechtssätzen überhaupt wegfällt. Vgl. §. 10. 109. Wächter, gem. Recht Deutschlands 1844 S. 186 ff. A. d. H.).

1) Das canonische Recht ist neben dem römischen gemeines Recht in Deutschland geworden. Dies gilt aber nur von den vier Sammlungen, die das Corpus iuris canonici (clausum) ausmachen (s. §. 5). Dieses in der Kirche entstandene Recht bezieht sich zum größten Theil auf kirchliche Rechtsverhältnisse, insofern ist nicht hier davon die Rede. Aber es hat diese Gränze überschritten und mancherlei Festsetzungen auch über bürgerliches Recht gegeben. Von diesen handelt es sich. Das canonische Recht hat in dieser Beziehung das römische zur Grundlage, setzt es voraus und modificirt es in einigen Punkten. Viele haben geglaubt, in solchen Fällen müsse das römische Recht, als das ältere Recht, dem canonischen, als dem jüngeren, immer nachstehen.[1] Dies ist unrichtig, denn für Deutschland ist dieses nicht jünger als jenes. In manchen Punkten ist das canonische, in manchen das römische vorgezogen worden. Eine allgemeine Regel läßt sich darüber nicht geben. — Die Päpste waren übrigens die frühsten Gegner des römischen Rechts, sie begünstigten jene Sammlungen, um ein Gegengewicht gegen das eifrige Studium des römischen Rechts zu bilden. Honorius III. ging so weit am Anfang schon des 13. Jahrhunderts, die Lehre und das Studium des römischen Rechts in Paris und andern fremden Universitäten zu verbieten,[2] eine Opposition, die eben so ohne Erfolg geblieben ist, wie alle übrigen.[3]

---

1) (z. B. Böhmer, ius eccl. prot. lib. I. tit. 2. §. 70—73. Savigny, System I. S. 266. Da sie jedoch die Modification des canonischen Rechts durch die Reichsgesetze und die Praxis einräumen, so ist die Abweichung praktisch nicht erheblich. A. d. H.).

2) c. 28. X. de privil. (5, 33).

3) (Die Bestandtheile des Corpus iuris canonici clausum sind:

1) das Decretum (Gratiani) eines Camaldolensermönchs in Bologna um 1150, in welchem jedoch nur die Quellenzeugnisse (canones, capitula), nicht die eigenen Sätze des Verfassers Gesetzeskraft haben. Es besteht (nach dem Muster der Pandekten: Digestum vetus, Infortiatum cum tribus partibus, Digestum novum) aus 3 Theilen. Der erste zerfällt in 101 Distinctionen, man citirt daraus mit der Zahl des Canon und der Distinction z. B. c. 1. D. oder Dist. 10. Der zweite enthält 36 Causae, deren jede wieder in einzelne Fragen (quaestiones) abgetheilt ist, man allegirt ihn nach der Zahl des Canon, der Causa und der Quästio z. B. cap. 3. C. 12. qu. 1. Die quaestio 3 der Causa 33 enthält einen besondern Tractat: von der Buße (de poenitentia), der aus 7 Distinctionen besteht und neben der Zahl des Canon und der Distinction den Beisatz de poenitentia bekommt z. B. c. 1. Dist. 7. de poen. Der dritte Theil endlich zerfällt wieder in 5 Distinctionen, die man mit dem von der ersten Distinction entlehnten Beisatze de consecratione anführt z. B. c. 1. Dist. 5. de cons.

2) Die drei älteren Decretalensammlungen (extravagantes = extra decretum Gratiani vagantes decretales), von denen jede aus fünf Büchern

2) Bei dem einheimischen deutschen gemeinen Recht ist das vom römischen Recht unabhängig entstandene und das auf das römische Recht sich beziehende zu unterscheiden.

Vor der Reception des römischen Rechts hatte Deutschland ausschließlich seine einheimischen Rechtsgewohnheiten. Wie sich dieses reine deutsche Recht entwickelt haben würde ohne die Hinzukunft des römischen ist eben so wenig zu sagen, als wie die deutsche Kunst oder Poesie oder Philosophie ohne den Einfluß der griechischen und römischen. Es wäre auch eine Pedanterie, die Nichtlösung dieses Problems zu beklagen. Deutschland war nicht bestimmt sich zu isoliren, weder gegen seine Mitwelt, noch gegen die Vorwelt. — In welches Verhältniß traten nun beide Rechte? Manche glauben, das Verhältniß hätte sich so gestalten müssen, daß das römische Recht nur in subsidium angewendet worden wäre, wo das vorhandene einheimische Recht keine Norm über ein Verhältniß enthalten hätte. Dies war in der That unmöglich bei dem Charakter beider Rechte, von denen das eine noch ungebildet, in natürlicher Rohheit, unvollendet bestand, das andere auf das Feinste ausgebildet, wissenschaftlich vollendet war. Die Wissenschaft kann nie eine bloße Dienerin sein, sie ist eine geborne Herrscherin. Es ist wie mit der Collision zwischen den nordamerikanischen Indianern und den Weißen. Die Civilisation ist für die rohe Natur ein verzehrendes Feuer. — Das römische Recht hat viele eigenthümlich deutsche Rechtsanschauungen und Einrichtungen verdrängt, viele sind stehen geblieben und bilden nun einen eigenen Kreis des Rechts, den wir das deutsche Privatrecht nennen.

So haben wir neben dem Eigenthum nach römischen Grundsätzen eigenthümlich deutsche Eigenthumsverhältnisse beim Lehen,

---

und diese wieder aus Titeln und Kapiteln besteht: a) Decretales Gregorii papae IX., publicirt 1234; jetzige Citirweise mit der Zahl des Kapitels, dem Zeichen X (Extravagantes), der Titelrubrik, endlich der Ziffer von Buch und Titel z. B. c. 1. X. de elect. I, 6. b) Liber Sextus Decretalium, so benannt als Zugabe zu den fünf Büchern Gregors, obwohl er selbst wieder aus fünf Büchern, Titeln, Kapiteln besteht, publicirt von Bonifacius VIII. 1298. Citirart: c. 1. de elect. in VI.to I, 3. c) Clementinae (sc. constitutiones in concilio Viennensi editae), von Clemens V. publicirt 1313, welche man jetzt so zu allegiren pflegt, daß man das Kapitel selbst Clementina nennt und seine Zahl nebst Titelrubrik, Zahl des Buchs und Titels beisetzt z. B. Clem. 2. de V. S. (verborum significatione) 5. 11.

Die späteren Extravagantensammlungen (Extravagantes Ioannis XXII., Extravagantes communes) kommen im Civilrecht nicht in Frage. A. d. H.).

Bauergütern u. s. w., neben den römischen Servituten eigenthümlich deutsche Realrechte, neben den römischen Verträgen eigenthümlich deutsche, z. B. Wechsel u. s. w., neben den römischen ehelichen Güterrechten eigenthümlich deutsche, neben dem römischen Erbrecht eigenthümlich deutsches: Erbverträge, Erbverzichte, lehnrechtliche Succession u. s. w. Auch auf die Ausbildung dieser eigenthümlich deutschen Rechtsinstitute hat die römische Rechtsdoctrin einen nicht unbedeutenden Einfluß geübt. Wenn die jetzigen Germanisten sich bemühen, sie mehr in ihrer Reinheit darzustellen und zu entwickeln, so ist dies zu billigen, so weit der gegebene Rechtszustand eine solche Entwickelung zuläßt.

In dieser Sphäre ist eigentlich ein Conflict zwischen römischem und deutschem Recht in der Gegenwart nicht mehr vorhanden. Was sich von dem eigenthümlich deutschen Recht erhalten hat, und wie gesagt unter dem Namen „Deutsches Privatrecht" begriffen wird, findet seine Anwendung in den ihm zugewiesenen Kreisen, und bleibt außer Berührung mit dem römischen Recht, dem ebenso sein Gebiet, allerdings ein größeres, als jenem, zugewiesen ist. Es ist deshalb sehr Unrecht, daß von Seiten der neuesten Germanisten wieder ein unfruchtbarer Streit gegen die Position, welche das römische Recht einnimmt, erhoben worden ist.[4] Soll das deutsche an Boden gewinnen, so kann dies nicht durch Declamationen geschehen, sondern durch eine innere systematische, logische Ausbildung desselben. Man kann jenen unzeitigen Declamationen auf eine höchst einfache Weise begegnen. Kein Richter wird in Verlegenheit sein, wo er irgend ein Pandektenlehrbuch als Entscheidungsnorm gebraucht, ein solches wird ihn nirgends im Stiche lassen. Mit dem ausführlichsten der Handbücher des deutschen Privatrechts hingegen wird er unter hundert Processen kaum Einen entscheiden können.[5]

Es giebt aber auch einheimisches gemeines Recht, welches in unmittelbarer Beziehung zu dem römischen Recht steht, indem es eine weitere Entwickelung des römischen selbst ist. Die Reichs-

4) (Diese Opposition ist jetzt als überwunden anzusehen: s. Gerber, das wiss. Princip des gem. deutschen Privatrechts 1846. S. 150 ff. A. d. H.).

5) (Nachdem durch C. F. Gerber's System des deutschen Privatrechts (4. Aufl. 1853) — dem Handelsrecht schon früher durch Thöl — diesem Rechtsgebiet jene einheitliche und systematische, von den letzten Gründen des Rechts aus die Rechte durchdringende Behandlung geworden, ist die im Text aufgestellte Behauptung zu restringiren. A. d. H.).

gesetzgebung hat sich mehrfach mit Gegenständen, die in den Kreis des Civilrechts einschlagen, beschäftigt, und das römische Recht in einzelnen Punkten abgeändert. Diese Modificationen sind im Ganzen von geringem Umfang. Es versteht sich, daß der Inhalt des römischen Rechts diesen Reichsgesetzen weicht (so weit es nicht etwa durch spätere Rechtsquellen dagegen wieder hergestellt ist).

Weit bedeutender sind diejenigen Modificationen, welche durch das Gewohnheitsrecht, theils gleich bei der Einführung des römischen Rechts, theils in der späteren Anwendung desselben gemacht worden sind. Dieses Gewohnheitsrecht zeigt sich theils in den übereinstimmenden Ansichten der Schriftsteller, theils in der Praxis der Gerichte.

Auch diese Aenderungen sind als Thatsachen anzuerkennen, welche die Anwendung des römischen Rechts bedingen. Indem wir das heutige römische Recht dem reinen gegenüberstellen, verstehen wir unter andern auch diese Modificationen darunter. Hierüber das Nöthige anzugeben ist eine der Aufgaben der Pandektenvorlesungen. Aber es muß feststehen, daß die von dem reinen römischen Recht abweichende Ansicht wirklich Gewohnheitsrecht ist. Häufig hat man bloße doctrinelle Mißverständnisse damit verwechselt, ferner eine allgemeine Praxis behauptet, wo die Ansichten stets sehr widersprechend gewesen sind. (Anweisung zum rechten Gebrauch der Praxis s. unten bei der Lehre von den Rechtsquellen).

3) Verhältniß des römischen Rechtes zu den Landes- und sonstigen Partikular-Rechten.

Es ist vor Allem der Gegensatz von gemeinem und particularem Recht selbst zu erklären, und wie es kommt, daß er besonders in unserem Volke so mächtig geworden ist.

Unsere Nation zeichnet sich durch einen gewaltigen Zug nach individuellster innerer Gliederung und Gestaltung aus. Der Einzelne hegt und pflegt seine Eigenthümlichkeit, die Familien, die Ortschaften, die Landstriche, Provinzen, Länder fühlen einen Trieb, eine Abgeschlossenheit, nicht etwa gegen das Fremde, sondern das am nächsten stehende, zu derselben Gattung Gehörige festzuhalten. Dieser Trieb ist so mächtig, daß er längst das Bewußtsein der Einheit und Gemeinschaft zerstört haben würde, wenn uns nicht in dem wissenschaftlichen Genie, in dem brennenden Eifer

des Wissens, worin unser Volk keinem andern weicht und vielen vorangeht, ein Gegengewicht gegeben wäre. Die Wissenschaft hebt uns stets über das Besondere hinaus, sie bewegt sich und lebt wesentlich in dem Allgemeinen.

Jener Particularisationstrieb hat sich vorzugsweise in der politischen Gestaltung Deutschlands mächtig, ja eine Zeit lang leider als fast ausschließliche Macht erwiesen. Er ist es auch, der jener Unterscheidung des Rechts für uns eine so große Bedeutung gegeben hat.

Es giebt Genossenschaften, die ihr besonderes Recht ausgebildet und zum Theil unter allen Stürmen der Zeit bis auf die Gegenwart gerettet haben. Auf einer Stufe höher haben die einzelnen Städte und Ortschaften neben dem mit andern gemeinschaftlichen Recht ihre eigenthümlichen Rechtssätze. Die Stadt- und Localrechte haben über sich die Provinzialrechte, die ihnen gegenüber das Allgemeinere sind, die aber wieder als Particularitäten gegenüber den Landesrechten sich verhalten, die als die höhere Gattung jene als Arten in sich fassen, von ihnen modificirt werden, und sie zu ergänzen bestimmt sind. Alle diese Rechte haben sich theils durch die unmittelbare Macht des Volksbewußtseins entwickelt, theils durch die Gesetzgebung, da nämlich, wo der Kreis, für den sie entstanden, ein bürgerliches Gemeinwesen gewesen ist. Dies gilt namentlich von den Landesrechten, die nach der Größe des Staats, für den sie bestimmt waren, einen größeren oder geringeren Umfang der Geltung erlangt haben.

Alle diese Rechte sind vom deutschen Standpunkt nur particuläre, auch die Landesrechte, die eigenthümlichen Rechte der einzelnen deutschen Staaten. Particulär ist jedes Recht, das ein allgemeineres über sich hat, von dem es eine Abzweigung ist, zu dem es sich, wie die Art zur Gattung verhält. Gemeines Recht ist nur das, welches der Stamm für jene Aeste und Zweige ist, und das sich nicht selbst wieder als bloßer Zweig eines andern Stammes verhält.

Gemeines Recht ist das über den Landesrechten stehende, mit ihm haben wir daher die Höhe des gesammten Rechtszustandes erreicht. Es ist der Schlußstein aller jener Rechtsbildungen, der sie zusammenhält, die Wurzel, aus der sie kommen, der Stamm, der sie trägt. Sie davon losreißen, würde heißen, sie aus dem Organismus, dem sie eingeboren sind, ausscheiden; die

Folge wäre, daß sie entweder ein fremdes Recht werden oder verkommen und absterben würden.

Jener Zustand vieler particulären Rechte wäre ein für ein Volk ganz unerträglicher, wenn sie nicht in einem Höheren ihre Einheit fänden. Aber sie werden eben durch ein gemeines Recht als durch ein gemeinsames Band zusammengehalten, und, näher betrachtet, sind denn auch die Abweichungen nicht so übermächtig.

Ein Theil dieses gemeinen Rechts für Deutschland ist das römische Recht. Dieser Theil hat eine besondere Wichtigkeit, theils dadurch, daß sich die Wissenschaft vorzugsweise daran geknüpft und ihm so einen eminenten Einfluß auf die Entwickelung aller andern Rechte gegeben hat, theils dadurch, daß er in einem noch höheren Sinn gemeines Recht ist, nämlich ein Deutschland mit andern Ländern gemeinschaftliches Recht.

Das natürliche Verhältniß des römischen Rechts zu den Landes- und weiteren Particularrechten ist das, welches sich aus dem Charakter des gemeinen Rechtes ergiebt. Die Particularrechte heben das über ihnen stehende gemeine nicht auf, aber sie gehen ihm in ihrem Kreise vor; collidirt ein Particularrechtssatz mit dem gemeinen, so schließt er dessen Anwendung in der Sphäre, über die das Particularrecht Macht hat, aus. „Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht gemeines Recht." Der Umfang dieser Ausschließung wird von der Masse der particulären Eigenthümlichkeiten abhängen; gewöhnlich betreffen diese nur einzelne Rechtsinstitute und auch hier wieder nur einzelne Rechtssätze. In einigen Ländern haben die Landrechte bei Revisionen, die man damit vorgenommen, an äußerem Umfang sehr zugenommen. Man würde sich aber irren, wenn man glaubte, damit seien die particulären Eigenthümlichkeiten in demselben Maaße gewachsen; diese Ausdehnungen sind vielmehr nur dadurch bewirkt worden, daß man neben dem particulären Recht auch die gemeinen Rechtssätze in diese Gesetzbücher hereingezogen hat, in der Meinung, sie dadurch den Richtern zugänglicher und faßlicher zu machen. Dabei ist es den Gesetzgebern wohl begegnet, falsche Theorien des gemeinen Rechts aufzunehmen. Diese können der Absicht der Gesetzgeber gemäß nicht als particuläre Eigenthümlichkeiten gelten; sie müssen einer richtigeren Erkenntniß des ge-

meinen Rechts weichen, wenn der Gesetzgeber sie nur in der Voraussetzung ihrer Wahrheit und ihrer Harmonie mit dem gemeinen Recht in sein Gesetzbuch aufnahm.

Das natürliche Verhältniß zu dem Landesrecht hat das römische Recht noch jetzt in den meisten deutschen Staaten. Man drückt dies so aus: es hat Gesetzeskraft, es gilt als „recipirtes Recht", aber als gemeines, und weicht daher dem particulären Recht des Landes, der Provinz, des Ortes, so weit dieses mit ihm collidirt. Man hat dies „subsidiäre Gültigkeit" genannt, ein unpassender Ausdruck, weil er die Regel wie eine Ausnahme darstellt. Man muß nicht sagen: das gemeine Recht gilt nicht, ausgenommen in Ermangelung particulärer Rechtsbestimmungen, sondern vielmehr: das gemeine Recht gilt, nur unbeschadet der eigenthümlichen particulären Rechtsbildung. Jener Ausdruck beruht auf derselben engen, spießbürgerlichen Gesinnung, wie wenn ein Stadtbürger sagen wollte: ich bin ein Berliner, kein Preuße, ausgenommen wo in meinem Berliner Leben eine Lücke ist, oder der Staatsbürger: ich bin ein Preuße, und nur in subsidium, wo ich schlechterdings nicht anders kann, ein Deutscher.

Seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts giebt es deutsche Länder, wo jenes Verhältniß aufgehoben worden ist, indem man Gesetzbücher eingeführt hat, die dem gemeinen Recht, und damit auch dem römischen, die Gesetzeskraft entzogen und sich selbst in dieser Hinsicht an die Stelle desselben gesetzt haben. Diese Ausnahmen bilden

1) die Länder, in denen das allgemeine preußische Landrecht eingeführt ist, also ein sehr großer Theil des preußischen Staats, und außerdem einige Provinzen, die früher ihm angehört haben und nachher andern Staaten zugefallen sind, ohne daß der Rechtszustand derselben in dieser Hinsicht verändert wurde, z. B. die fränkischen Fürstenthümer Ansbach und Baireuth, Ostfriesland;

2) die Provinzen, in denen das französische Gesetzbuch gilt;

3) die deutschen Erbländer der östreichischen Monarchie, für welche das dortige allgemeine bürgerliche Gesetzbuch Geltung hat.

Das Verhältniß des römischen Rechts zu dem Recht dieser Länder ist von der einen Seite ein freieres und geistigeres, als

in den Ländern des gemeinen Rechts, von der andern Seite aber eben darum auch leichter Mißverständnissen und Störungen ausgesetzt.

Jene Gesetzbücher sind in keiner Hinsicht selbstständig gegen das römische Recht, es ist ihre Grundlage, sie sind in dem größten Theile ihres Inhalts Darstellungen des römischen Rechts mit particulären Abweichungen. Wie die Gesetzgeber nur durch ihre römische Rechtskenntniß im Stande waren, diese Gesetzbücher zu machen, so ist auch der Richter nur durch die gleiche Kenntniß im Stande, sie richtig anzuwenden. Es mag sein, daß mancher Gesetzgeber von der Vorstellung ausgegangen ist, nur Er brauche Kenntniß und Geist, dann könnte der Richter eine bloße repetirende Maschine sein; aber diese Vorstellung ist kein bindendes Gesetz. Das juristische Denken des Gesetzgebers soll dem Richter nicht etwa das Denken ersparen; Richter, die nicht im Stande wären, die Gedanken des Gesetzgebers in sich zu reproduciren, wären dieses Namens nicht werth.

Dem Richter muß die juristische Vernunft nicht niedriger stehen als das Gesetz. Was würde man zu einem Rathgeber sagen, der sich bei dem Bau eines Hauses folgendergestalt vernehmen ließe: Um Obdach und Wohnung ist es euch zu thun, und ihr verschwendet Zeit und Kräfte mit dem Unterbau? Aufrichten wollt ihr etwas und ihr geht in die Tiefe? Welche Verkehrtheit, geht den geraden Weg zum Ziel! Mit dem Dach angefangen, mit den Zimmern, in denen ihr wohnen wollt, die Fundamente zu graben überlaßt den Maulwürfen! — Das sind die, welche uns den Rath geben, das Landesgesetzbuch zur Hand zu nehmen, und uns so wenig als möglich um römisches Recht zu kümmern.

Aus diesem Verhältniß der Gesetzbücher zum römischen Recht geht aber auch ferner hervor, daß dieses in den Gerichten als wissenschaftliche Ergänzung anzuwenden ist. In unzähligen zweifelhaften Punkten wird der Richter sich durch den Rechtsverstand der Römer leiten zu lassen haben. Nur die alleräußerste Unwissenheit könnte glauben, daß mit der Aufhebung seiner gesetzlichen Autorität das römische Recht aufgehört habe von praktischem Gebrauch zu sein. Ganz anders haben die Gesetzgeber, welche das preußische Landrecht einführten, die Sache angesehen. Sie haben das römische Recht als unentbehrliche Vorschule für das Land-

recht erkannt und festgehalten. Von oben herab ist sein Studium stets befördert, und die preußischen Universitäten sind so besetzt worden, daß sie auch in der civilistischen Jurisprudenz gegen keine zurückgestanden haben. Wer von unten auf diesem Ansinnen widerstrebt hat, hat es auf seine eigene Gefahr und zu seinem eigenen Schaden gethan.

Literatur.

§. 9. 9a.

S. d. Lehrbuch.

Erstes Buch.
Von den Rechtsvorschriften.

Erstes Kapitel.
Die Rechtsquellen.

Entstehung des Rechts.

§. 10.

Die Frage der Rechtsentstehung hat eine allgemeine und eine speciellere praktische Wichtigkeit.

1) Von der richtigen Einsicht in diesen Punkt hängt die wahre Behandlung des Rechts überhaupt ab. Wo Juristen und Gesetzgeber das Recht verkehrt behandelten, sind ihre Irrthümer fast immer von einem Grundirrthum über die Entstehung des Rechts ausgegangen.

2) Das erste Geschäft des Richters ist, sich von der Existenz der Rechtssätze zu überzeugen, in deren Anwendung sein Beruf besteht. Dazu gehört die Kenntniß der Entstehung, der Quellen, durch die ein Rechtssatz hervorgebracht werden kann, der Bedingungen, von denen diese Erzeugung abhängt.

Die augenfälligsten Rechtsquellen sind die Aussprüche der gesetzgebenden Gewalt im Staat. Es gab eine Zeit, wo man die Gesetzgebung für die einzige, wenigstens für die einzige vernünftige und berechtigte Rechtsquelle hielt, Recht und Gesetz ganz identificirte, oder wenigstens jede andere Rechtsquelle für eine Unvollkommenheit erklärte.

Diese Vorstellung gehört einer Zeit an, wo man den Staat von seiner natürlichen Grundlage, der Nation, theoretisch losgerissen, auf eine willkührliche Verabredung der Menschen gegründet

hatte. Mit dem Fundament des Staats hatte man auch das Fundament des Rechts, welches dasselbe ist, verloren. Man sollte glauben, diese Idee sei eine Erfindung tyrannischer, despotischer Fürsten gewesen, die Alles hätten von ihrer Willkür abhängig machen wollen. Dem war nicht so; es war zum Theil die Erfindung solcher, welche sich dem Volke als Vertheidiger der Freiheit vorstellten, und noch jetzt klingt diese Vorstellung vorzugsweise in solchen nach, welche unter dem mißbrauchten Namen liberaler Gesinnungen die der wahren Freiheit gefährlichsten Grundsätze zu verbreiten suchen.

Daß die Gesetze nicht die einzige, nicht einmal die vornehmste Rechtsquelle sind, geht aus zwei Umständen hervor:

1) Kein Richter, auch bei dem vollständigsten Gesetzbuch, kann bloß mit diesem auskommen, jeder kommt in den Fall, anderes Recht zu bedürfen.

2) Die Gesetze setzen immer schon Recht voraus, das also nicht wieder gesetzliches sein kann. Die Gesetzgebung ist nur im Staate möglich, der Staat selbst aber ist auf das Recht gegründet, er kann es daher nicht selbst ursprünglich hervorgebracht haben.

Wenn es also noch andere Rechtssätze giebt außer den Gesetzen, woher stammen sie? Wenn der Richter noch anderer Rechtssätze bedarf, woher nimmt er sie?

Die Rechtsquellen außer der Gesetzgebung sind die unmittelbare rechtliche Ueberzeugung der Nation, und die Wissenschaft. Jene ist zugleich die erste und ursprünglichste Rechtsquelle, die Voraussetzung selbst des gesetzlichen Rechts.

Die wahre Lehre von der Entstehung des Rechts ist folgende.

Die Rechtssätze beruhen auf einer gemeinsamen Ueberzeugung, vermöge deren die in rechtlicher Gemeinschaft Stehenden eine Vorschrift als rechtliche Norm anerkennen. Diese Ueberzeugung entsteht als eine gemeinsame, ursprünglich auf natürlichem Wege, d. h. dadurch, daß den Genossen derselben von Natur eine gleiche Geistesrichtung innewohnt. Daher hat das Recht seinen menschlichen und geschichtlichen Ursprung in einer natürlichen Verbindung, welche die Vereinigten geistig afficirt. Dies ist die Volksverbindung. Dies geht hervor aus der Thatsache, daß die Rechte nach den Völkern verschieden sind. In demselben Volke

sind verschiedene Rechte möglich. Auch diese Verschiedenheit hängt ursprünglich und der Grundlage nach mit nationellen Unterschieden und Abtheilungen im Volke zusammen.

Die Glieder eines Volkes sind durch eine gemeinsame Geistesrichtung (Volkscharakter) verbunden. Gewisse Ansichten und Ueberzeugungen, oder wenigstens Empfänglichkeiten dafür und Keime sind ihnen als Volksgliedern angeboren. Dahin gehören auch rechtliche Ueberzeugungen.

Das Recht beruht also in seinem letzten historischen Grund auf der gemeinsamen Ueberzeugung des Volkes. Recht ist etwas kraft des Willens der Nation (bei particulären Rechten der engeren nationellen Verbindung). Wollte Jemand meinen, gegen diese Ansicht den göttlichen Ursprung des Rechts vertheidigen zu müssen, der würde sie mißverstehen. Sie stellt diesen gar nicht in Abrede. Wir stellen nicht in Frage, daß das Recht von Gott ist, dies wäre eine Erniedrigung des Rechts. Die Frage ist nur, wie Gott das Recht hervorbringt. Wir behaupten, dadurch, daß er die Recht erzeugende Kraft in die Natur der Völker gelegt hat.

Durch jenen gemeinsamen Willen entstehen:

1) Die Rechtssätze selbst, nach denen die Personen und ihre Verhältnisse beurtheilt werden;

2) die Verfassung, durch welche die wirkliche Anwendung des Rechts gesichert wird, die Rechte, die den Personen zustehen, geschützt werden. Der nationale Wille unterwirft die Glieder des Volks einer Obrigkeit, deren Aufgabe die Realisation der rechtlichen Ordnung ist. Dadurch wird die Nation zum Staat.

Das Wesentliche dieser Ansicht ist, daß sie den Ursprung des Rechts und der Verfassung in den Kräften einer natürlichen Verbindung sucht, in dem Geist, der diese durchdringt.

1) Nicht durch den Willen der Einzelnen entstehen sie, durch Verabredung zur Bildung eines Staats und Geltenlassen gewisser Rechtsvorschriften. Ein Vertrag hat keine schöpferische Kraft, er kann nur das Vorhandene bestimmen und modificiren. Sie entstehen durch einen Willen, aber durch den nationellen.

2) Das Recht entsteht nicht erst durch den Staat, der vielmehr Recht schon voraussetzt. Die ursprüngliche Quelle des Rechts ist nicht die Obrigkeit, die Staatsgewalt, die selbst einer rechtlichen Grundlage bedarf, welche nur die realisirte, rechtliche Ordnung ist. Sie bringt Recht hervor, aber dies ist nicht die

ursprüngliche Entstehung. Noch weniger ist das Volk im politischen Sinne, die Regierten im Gegensatz zum Regenten Quelle des Rechts. Das Volk, dem wir das Recht zuschreiben, ist das natürliche Ganze, nicht die politische Corporation. In diesen beiden Gegensätzen haben sich seit langer Zeit die Politiker bewegt. Nach der einen Partei soll die Obrigkeit, nach der andern die Regierten die Quelle des Rechts sein. Von diesen Gegensätzen kann man nicht einmal sagen, daß die Wahrheit in ihrer Mitte liegt; sie liegt ganz außerhalb dieser beiden Richtungen. Darum sind diese Parteien so unfruchtbar und nicht weniger die Justemilieu's, welche sich dazwischen gesetzt haben. Diese sind bloße Negationen, keine Positionen.

Der Wille der Nation tritt auf verschiedenen Wegen in Wirksamkeit:

1) in der actuellen gemeinen Ueberzeugung der Glieder des Volkes selbst und unmittelbar. Diese in den Gliedern der Nation selbst unmittelbar wirksame Volksüberzeugung äußert sich in ihren Handlungen, die insofern eine Uebung der gemeinen Ueberzeugung sind. Diese Uebung ist eine fortwährende, daher Sitte, mos, consuetudo. Daher Gewohnheitsrecht;

2) in dem Willen der Obrigkeit, die berufen ist, den Volkswillen auszuführen und zu repräsentiren. Insofern sie den erkannten Willen ausspricht, heißt sie Gesetzgebung. Das, was der Gesetzgeber ausspricht, gilt als Wille der Gesammtheit. Der Act des Ausspruchs heißt Gesetz. Daher gesetzliches (promulgirtes) Recht;

3) in der wissenschaftlichen Thätigkeit. Die Entstehung des Rechts durch den unmittelbaren Willen der Nation und den Gesetzgeber ist eine freie; was sie hervorbringen, unterliegt im Einzelnen keiner eine bestimmte Linie vorschreibenden Nothwendigkeit (z. B. Formen bei der Eigenthumserwerbung, Fristen für die Ausübung von Rechten, Voraussetzungen der Verbindlichkeit der Verträge, Berechtigung zur Erbfolge u. s. w.). Im Ganzen besteht auch für sie eine gewisse Schranke in der vernünftigen Natur des Rechts; das Recht ist etwas Vernünftiges, in seiner Entwickelung einer logischen Nothwendigkeit Unterliegendes. Wenn z. B. der Gesetzgeber das Eigenthum als unmittelbare Herrschaft über eine Sache anerkennt, so anerkennt er damit nothwendig auch die vernünftigen Consequenzen aus dieser seiner Natur, wo-

nach es z. B. in seiner Wirkung eine ganz andere Beschaffenheit hat, als die Obligatio, wiewohl freilich unter Umständen das Bedürfniß zu einer Abweichung von diesen Consequenzen führen kann. Diese vernünftige Seite des Rechts macht auch die Wissenschaft zur Erzeugerin von Rechtssätzen, indem sie aus den im gegebenen Recht anerkannten Principien andere Rechtssätze folgert, die weder im Gewohnheitsrecht noch in dem gesetzlichen Recht ausgesprochen vorliegen. Was mit innerer Nothwendigkeit aus den bestehenden Rechtssätzen folgt, muß eben wegen der Vernünftigkeit des Rechts ebenfalls als Recht, als Wille der Nation gelten. Dieses Recht ist das Recht der Wissenschaft.

Diese drei Entstehungsarten des Rechts: unmittelbare Volksüberzeugung, Gesetzgebung, Wissenschaft, nennt man Rechtsquellen. Davon sind zu unterscheiden die Erscheinungsformen des Rechts, die äußere Darstellung des Rechts, Erkenntnißquellen, die jenen Quellen zum Theil gemeinschaftlich, zum Theil in gewisser Art wenigstens der einen oder anderen eigenthümlich sind.

Unter diesen Erkenntnißquellen nimmt einen vorzüglichen Platz die Schrift ein, wenn das Recht aufgezeichnet ist. Hiernach ist das Recht geschriebenes, ungeschriebenes, ius scriptum, nec scriptum. Man hat diese Eintheilung früher fälschlich auf die Entstehung bezogen (geschriebenes = gesetzliches, ungeschriebenes = Gewohnheitsrecht), und dieser Sprachgebrauch hat sich auch nach der Beseitigung jenes Irrthums erhalten. Allerdings kann das gesetzliche Recht ein geschriebenes im vorzüglichen Sinne genannt werden, es ist dieses gleich bei seiner Entstehung. Aber ein Gewohnheitsrecht, wenn es aufgezeichnet wird, wird dadurch nicht ein gesetzliches (ausgenommen den Fall der Aufnahme in ein Gesetz), und ein gesetzliches, wenn die Urkunde sich verliert, nicht zum Gewohnheitsrecht.

Gewohnheitsrecht.

§. 11.

Gewohnheitsrecht ist das Recht, welches in dem Bewußtsein des Volkes unmittelbar entstanden und erzeugt ist, zu dessen Hervorbringung der Volksgeist sich keines andern Mittels, als des

Gemüthes der Volksglieder selbst bedient hat, das in der Sitte des Volks, dem usus, der consuetudo, sich manifestirt.

Es kommt Alles darauf an, den Grund dieses Rechtes und das Verhältniß der Gewohnheit dazu richtig zu bestimmen. Die Irrthümer über dieses Recht lassen sich alle auf eine falsche Vorstellung über diese beiden Punkte zurückführen.

1) Der Grund des Gewohnheitsrechts ist das nationelle Rechtsbewußtsein. In dem Volke als natürlicher Verbindung ist dieses Recht zu suchen. Die rechtliche Ueberzeugung der Nation ist das Gewohnheitsrecht, nicht der Wille des Volkes im politischen Sinn. Die älteren Juristen, die dies nicht eingesehen, haben darum das Gewohnheitsrecht für ein von den Unterthanen ausgehendes gehalten, daher für ein unregelmäßiges, und haben die Genehmigung des Gesetzgebers gefordert. Manche sogar specielle Bestätigung, absurd, weil es dann kein Gewohnheitsrecht mehr wäre, die meisten eine generelle Genehmigung im Voraus. Als solche nahmen sie die Aeußerungen des römischen Rechts, verkehrt, weil das römische Recht selbst nur Gewohnheitsrecht für Deutschland ist. Das Gewohnheitsrecht ist vor dem gesetzlichen. Es hat seine Kraft nicht von der Autorität des Gesetzgebers, sondern von derselben Macht, auf welche auch diese Autorität zunächst sich zurückführt; es gilt, weil das Recht ein nationeller Wille ist und das Gewohnheitsrecht die erste Gestalt, die er annimmt.

Es giebt particuläres Gewohnheitsrecht, dieses beruht auf dem Rechtsbewußtsein einzelner Abtheilungen des Volks, aber nur solcher Abtheilungen, die einen nationellen Charakter haben, natürlicher Abzweigungen des Volks. Wenn eine Stadt ihr Gewohnheitsrecht hat, so ist nicht die politische Corporation das Subject dieses Rechtsbewußtseins, sondern die Gesammtheit der Bewohner, insofern sie durch räumliche Nähe, Gleichheit der Bedürfnisse, gemeinsame Abstammung zu einer innern geistigen Verwandtschaft verbunden sind, so daß von einem gemeinsamen Charakter, von gemeinsamer natürlicher eingeborner Ueberzeugung bei ihnen die Rede sein kann.

Auch hier hat man häufig die politische Corporation und das natürliche Ganze verwechselt. Daher ist es gekommen, daß man das Gewohnheitsrecht auf die Autonomie gegründet hat, die etwas davon ganz Verschiedenes ist. Der Unterschied liegt eben

in dem Subject, dieses ist beim Gewohnheitsrecht ein natürliches, bei dem autonomischen Recht ein künstliches politisches Ganze. Es giebt ein autonomisches Recht, das durch seine stillschweigende Entstehung eine äußerliche Aehnlichkeit mit dem Gewohnheitsrecht hat, aber im Wesen etwas Anderes ist. (S. unten.)

2) Das Gewohnheitsrecht entsteht dadurch, daß der nationelle Geist in den Gemüthern der Menschen rechtliche Ansichten pflanzt und hervortreibt, die sie selbst als gemeinsame erkennen oder fühlen. Nicht eine stillschweigende Uebereinkunft ist es, ein Act der Verabredung, wodurch das Gewohnheitsrecht entsteht, sondern eine natürliche Einheit der Geistesrichtung und Anschauung. Dadurch unterscheidet sich die Entstehung des Gewohnheitsrechts von der des autonomischen, auch der stillschweigenden.

3) Das Verhältniß der Gewohnheit zum Gewohnheitsrecht ist das der äußern Erscheinungsform zum innern Wesen der Sache. Die Gewohnheit ist die Uebung des Rechtssatzes, der schon vor ihr vorhanden ist, und in ihr sich nur verkörpert und vielleicht auch befestigt, indem die Handelnden in der fortwährenden Uebung ihrer Ueberzeugung wie in einem Spiegel recht gewiß werden.

Hier findet sich nun ein sehr verbreiteter Irrthum vor, der, wo er herrscht, eine richtige Theorie des Gewohnheitsrechts und eine richtige praktische Behandlung desselben unmöglich macht. Man hat geglaubt, der Körper sei der Vater der Seele, die Schaale die Ursache des Kerns, die Gewohnheit bringe das Recht hervor. Gewohnheitsrecht sei das Recht, das durch Gewohnheit entstehe; das Volk handle blind und ohne Princip, und nachdem es dies lange fortgesetzt habe, bilde es sich ein, es sei Recht. Diese Vorstellung hat lange Zeit regiert. Nun sollte man zwar glauben, es hätte nur des Aussprechens der Wahrheit bedurft, um sie für immer zu beseitigen. Dessenungeachtet haben sich Manche nicht davon trennen können. Es ist dies eine arge Verwechslung der Erkenntniß und der Sache selbst. Wir gehen bei der Erkenntniß von der Uebung aus und kommen durch Schlußfolgerungen auf das Recht. Aber die Sache selbst hat den umgekehrten Weg genommen. So schließen wir aus der Bewegung der Hand oder des Fußes auf das Leben des Menschen, aber wer wird darum behaupten, jene Bewegung sei die Ursache des Lebens?

Eine Thatsache von großer praktischer Wichtigkeit ist es, daß die Gewohnheit keineswegs bloß beim Gewohnheitsrecht vorkommt. Dies ist wohl zu beachten, wenn zur Begründung irgend eines Anspruchs auf Gewohnheit oder Herkommen berufen wird z. B. eine Gemeinde macht gewisse Anforderungen an die nichtbürgerlichen Einwohner, und beruft sich dafür auf das Herkommen. Dies kann einen sehr verschiedenen Sinn haben, und danach ist auch die rechtliche Beurtheilung verschieden.

Consuetudo, usus, Gewohnheit, Herkommen, ist an sich nichts als fortgesetzte Uebung, namentlich eine aus getrennten Handlungen bestehende. Dies kann sein:

1) Ausübung eines Rechts (als Macht), z. B. Ersitzung der Servituten, unvordenkliche Zeit.[1] Ein solches Herkommen ist nach den Grundsätzen dieser Institute, nicht nach denen vom Gewohnheitsrecht zu beurtheilen.

2) Uebung eines Rechtssatzes. Dieser Rechtssatz kann

a) ein gesetzlicher sein; dies wird selten der Fall sein, weil für die Gesetze die Schrift das nächste Erkenntnißmittel ist;

b) ein autonomischer. Recht der Autonomie ist die Befugniß, ohne gesetzgebende Gewalt, Vorschriften mit der Wirkung von Rechtssätzen festzusetzen. Dieses Recht haben unter gewissen Beschränkungen 1) Corporationen, insofern ihren Statuten eine Wirkung auf Dritte beigelegt ist, die nicht stattfinden würde, wenn die Festsetzungen die bloße Kraft von Verträgen hätten; 2) Behörden für gewisse Verhältnisse, namentlich die äußere Form der Verhandlungen vor ihnen. Sehr ausgedehnt hatten es die römischen Prätoren, in diesem Umfang kommt es keiner jetzigen Behörde zu. Diese autonomischen Dispositionen können ausdrücklich gemacht werden, in der durch die Verfassung vorgeschriebenen Form, Statuten, aber auch stillschweigend, Observanzen. Hier ist es also ebenfalls die Uebung, die ein Kennzeichen und Erkenntnißmittel des Rechtssatzes ist;

c) ein wissenschaftlicher Rechtssatz, wenn die wissenschaftliche Wahrheit sich in der Anwendung wirklich geltend gemacht hat;

d) ein Gewohnheitsrecht. Dies ist der Fall, wenn der in dem Herkommen erscheinende Rechtssatz seine Quelle in der un-

---

1) L. 13. §. 1. D. comm. praed. (8, 4.), L. 1. §. ult. D. de aqua pluv. (39, 3.), L. 1. C. de servit. (3, 34.).

mittelbaren Volksüberzeugung hat. Nur hier ist von einem Gewohnheitsrecht zu sprechen.

Erkenntniß des Gewohnheitsrechts.

§. 12.

Die Frage ist, wie haben wir uns die Gewißheit der Existenz eines Gewohnheitsrechts zu verschaffen?

Vor Allem ist das Ziel dieser Erkenntniß festzustellen, danach wird sich die Beschaffenheit der Mittel bestimmen.

Das Ziel ist die Existenz des Gewohnheitsrechts. Dieses aber ist vorhanden, wenn ein Rechtssatz als solcher in der Ueberzeugung des Volkes besteht (des ganzen, oder des betreffenden Theils). Die Existenz einer gemeinsamen rechtlichen Ueberzeugung ist das, wovon wir durch die Erkenntnißmittel die Gewißheit erlangen sollen. Sie müssen also so beschaffen sein, daß jene daraus erschlossen werden kann.

Der Begriff der gemeinsamen Ueberzeugung selbst aber muß noch etwas näher bestimmt werden. Sie ist nicht nothwendig eine Ueberzeugung aller Einzelnen. Es giebt hier eine natürliche Repräsentation der Gesammtheit durch die Kundigen, Verständigen, Erfahrenen. Aber auch das vollkommene Leben des Rechts in dem Bewußtsein aller verständigen Glieder des Volkes setzt eine gewisse Einfachheit des Rechts und der Lebensverhältnisse voraus. In vorgeschrittenen Zeiten wird noch immer ein Theil des Rechts sich in dem Bewußtsein Aller actuell erhalten, aber im Ganzen und Großen das Rechtsbewußtsein des Volks sich (abgesehen von Rechtssätzen, die in ihrer Anwendung auf einen kleineren Kreis von Personen beschränkt sind) in dem Stand derer, die aus der Behandlung und Beurtheilung rechtlicher Verhältnisse einen Beruf machen, concentriren, in dem Stand der Juristen und Geschäftsmänner.

Als Mittel, eine solche gemeinsame Rechtsüberzeugung zu erkennen, bietet sich vor Allem die natürlichste und unausbleibliche Manifestation derselben dar, die Uebung. Man hat die Erfordernisse der consuetudo früher in sehr viele einzelne zerspalten, sie reduciren sich aber in Wahrheit auf zwei. Zunächst muß die

Uebung, um ein Mittel für jenen Zweck zu sein, folgende positive Eigenschaften haben:[1]

1) Uebung einer rechtlichen Ueberzeugung, also aus einer rechtlichen Ueberzeugung der Handelnden hervorgegangen (opinio necessitatis), z. B. nicht aus Höflichkeit oder Gefälligkeit u. s. w. Die Acte können außergerichtliche und gerichtliche sein, zu den letzteren gehören namentlich Entscheidungen, in denen der fragliche Rechtssatz angewendet worden ist, rerum iudicatarum auctoritas, Praxis, usus fori, Gerichtsgebrauch (zu unterscheiden von Gerichtsobservanz, stylus curiae [d. h. autonomischen Bestimmungen des Gerichts im Kreise seines Verfahrens]). Beides ist an sich gleich, die gerichtlichen Acte haben indeß den Vorzug, daß bei ihnen die opinio necessitatis nicht zweifelhaft sein kann. Ein Irrthum ist es, daß die actus publici sein müßten. Er hängt theils mit dem angeblichen Erforderniſſe einer Genehmigung des Gesetzgebers, theils mit einer Verwechslung mit der Verjährung zusammen.

2) Wiederholte und constant gleichförmige Uebung, „Gewohnheit". Erst dadurch entsteht eine dringende Vermuthung, daß ihr eine gemeinsame Ueberzeugung zu Grunde liegt. Wie viele Fälle dem Richter vorliegen müssen, um ihn zu diesem Schluß zu berechtigen, wird nach den Umständen verschieden sein (es läßt sich denken, daß schon drei oder vier die nöthige Stärke des Beweises haben, aber auch daß bei weitem mehr nöthig sind). Diese Wiederholung muß von verschiedenen Personen, damit eine gemeinsame Ueberzeugung wahrscheinlich werde, und sie muß zu verschiedenen Zeiten geschehen sein, damit man einer dauernden, festen Ueberzeugung sicher sei. Darin liegt eine gewisse Länge der Zeit, longa consuetudo, usus longaevus. Man hat im Mittelalter dies aus der Verjährungszeit bestimmen wollen, und dieser Irrthum ist im canonischen Recht sanctionirt worden (consuetudo legitime praescripta). Man ist von diesem Irrthum längst zurückgekommen. Das Erforderniß der Zeit darf aber überhaupt nicht als ein abgesondertes verstanden werden. Eine gleichförmige Uebung ist nicht schon durch sehr seltene entgegengesetzte Fälle ausgeschlossen, denn dies kommt auch bei unzweifelhaften Rechtssätzen vor; wohl aber würde das Erkenntnißmittel seine

1) Von den negativen s. d. folg. §.

Beweisfähigkeit ganz verlieren, wenn diese Unterbrechungen sich häufiger wiederholt hätten.

Außer der Uebung kann auch durch Vernehmung glaubwürdiger Personen über die Existenz des Gewohnheitsrechts überhaupt dasselbe nachgewiesen werden. Am rathsamsten ist die Verbindung dieses und des vorigen Mittels. Aber auch dieses allein kann hinreichen, z. B. die Verbindung ist nicht möglich, weil fremde Rechtsverständige, die es bezeugen, auf die Begründung ihres Urtheils durch einzelne Acte sich nicht einlassen. Ein unverwerfliches Zeugniß ist das eines richterlichen Urtheils, dem eine Untersuchung des Gewohnheitsrechts vorausgegangen ist.[2]

Endlich kann die Existenz durch glaubhafte Aufzeichnungen dargethan werden. Glaubhaft können sie sein theils an sich, durch ihre Verfasser, theils durch ihren Erfolg. Dahin gehören nicht blos Sammlungen, sondern auch die Anzeigen von Gewohnheitsrechtssätzen in anderen Schriften. Hier ist aber besonders Kritik nöthig, da solche beiläufige Notizen häufig ungenau sind. Eine Art von mündlicher Aufzeichnung sind die Rechtsparoemien, insofern sie im Volke entstanden und im Schwange sind.

Hindernisse der Beweiskraft der Erkenntnißmittel.

§. 13.

Die Uebung und Gewohnheit hat eine Autorität für die Rechtserkenntniß, aber sie macht nicht selbst Recht, sie hat keine selbstständige Autorität, sondern nur insofern als sie die Manifestation eines Rechtssatzes ist. Wäre daher die Nichtexistenz desselben aus andern Gründen entschieden, so würde jene ein bloßes Trugbild, ein ganz irrelevantes Factum sein. — Dies ist der Fall

1) wenn der Usus, namentlich der Gerichtsgebrauch auf einer übereinstimmenden Meinung der Juristen beruht, aber diese in diesem Fall nicht als Repräsentanten einer nationellen Ueberzeugung gelten können, indem es nur eine doctrinelle, auf wissenschaftlichen Gründen beruhende Meinung ist. Ist diese falsch, so hat der Usus keine Autorität. Er ist nicht Uebung einer nationellen Ueberzeugung, sondern eines wissenschaftlichen Irrthums,

---

2) S. L. 34. D. de legib. (1, 3.)

und die Uebung eines Irrthums hat keine Autorität. Anders wenn der Irrthum blos die Begründung des Rechtssatzes betrifft. Z. B. seit dem Mittelalter herrscht der Gebrauch der Siegel zur Beglaubigung der Unterschrift. Dies wurde auf Testamente angewendet. Dieser Gebrauch ist deutsches Gewohnheitsrecht. Die älteren Juristen gründeten ihn auf das römische Recht, aber dieses kennt blos den natürlichen Gebrauch der Siegel. Der Irrthum, in welchem sie hier befangen waren, macht jenes Gewohnheitsrecht nicht ungültig.

2) Der geübte Satz ist als Rechtssatz, überhaupt oder in dieser Art, unmöglich. Dahin gehört, wenn er den religiösen oder sittlichen Geboten widerspricht. Eine schlechthin unsittliche Gewohnheit darf nie als Ausdruck einer wahren Volksüberzeugung gelten. Ferner, wenn er der rechtlichen Ordnung widerspricht, oder einem höhern Recht, das er nicht aufheben kann. So wird z. B. gemeines Recht durch particuläres Gewohnheitsrecht nicht aufgehoben, wenn jenes ausschließend ist (s. unten §. 17.). Einige haben geglaubt, Gewohnheiten dürften auch überhaupt nicht Gesetzen widerstreiten, es gebe keine consuetudo legi contraria. Das Gegentheil giebt die Natur der Sache: der unmittelbare Nationalwille kann nicht schwächer sein, als der fingirte im Gesetz; ebenso die Geschichte: unzählige Gesetze sind durch Gewohnheitsrecht aufgehoben worden. Endlich die Stellen Note p d. Lehrbuchs.[1] Manche haben sich an das Wort desuetudo in der angef. L. 32. D. de leg. heften wollen. Ganz ohne Sinn: die desuetudo ist gewiß dem Gesetz sehr conträr, das Gewohnheitsrecht könnte ein Gesetz außer Anwendung bringen, und doch, nachdem es aufgehoben, nicht etwas anderes einführen. — Oder man behauptet, jene Pandektenstelle sei ein Grundsatz der Republik, der sich in Justinians Pandekten verirrt habe, ja den dieser Despot selbst wohl in demagogischer Anwandlung unversehens zuweilen angewendet hätte (die Verfassung hat überhaupt mit unsrer Frage nichts zu schaffen). Andere suchten wenigstens die Kraft des Gewohnheitsrechts zu schwächen; so gelte es nicht gegen absolut gebietende und verbietende Gesetze (s. unten §. 110.). Diese Meinung hängt

---

1) L. 32. D. de legib. (1, 3.), §. 11. J. de jure nat. (1, 2.), Nov. 89. c. 15. Vgl. über diese Stellen Beilage I.

mit der Gründung des Gewohnheitsrechts auf Autonomie zusammen.

Die richtige Ansicht ist jetzt die herrschende. Aber man hat eine Schwierigkeit in einer Stelle[2] gefunden, die das Gegentheil zu sagen scheint. Es giebt unzählige Erklärungs- und Vereinigungsversuche, die alle das mit einander gemein haben, daß sie willkührliche Voraussetzungen hineintragen, die zum Theil offenbar falsch sind. Als eine solche muß die neueste von v. Vangerow[3] angesehen werden: die Stelle spreche von einem Gesetz, das ein künftiges Gewohnheitsrecht verboten habe. Dies ist eine Unmöglichkeit. Ein Gesetz kann so wenig ein künftiges Gewohnheitsrecht, als ein künftiges Gesetz aufheben.

Die Vereinigung dieser Stelle mit der richtigen Ansicht ist nicht von großem praktischen Gewicht, wäre ein Widerspruch anzunehmen, so würde die Entscheidung aus inneren Gründen eintreten, und diese spricht gegen die Beschränkung des Gewohnheitsrechts. Aber die Vereinigung findet sich, sowie man ohne vorgefaßte Erwartung an die Stelle geht. Es ergiebt sich dann, daß sie die Frage von der Kraft des Gewohnheitsrechts gar nicht behandelt. Sie sagt nur: es kann eine consuetudo da sein, und doch kein Gewohnheits*recht*; eine consuetudo eines Satzes, der nicht Rechtssatz sein kann, hat keine Autorität, denn ihre Autorität ist keine selbstständige. Sie spricht nur den Gedanken aus, der diesem ganzen Paragraphen zu Grunde liegt, und den ich daher oben, fast mit den Worten der Stelle, an die Spitze gestellt habe.

Gesetzliches Recht.

§. 14.

Gesetzliches Recht ist das auf einem Ausspruch der gesetzgebenden Gewalt (Gesetz) beruhende. Erforderniße seiner Entstehung sind:

1) Das Gesetz muß der Wille dessen sein, den die Verfassung des Staats zum Subject der gesetzgebenden Gewalt macht.

2) Dieser Wille muß auf die verfassungsmäßige Weise ausgesprochen sein, Promulgation (auch Sanction genannt).

---

2) L. 2. C. quae sit l. c. (8, 53). Vgl. Beilage I.
3) Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen, Bd. I. S. 28.

3) Das Gesetz muß bekannt gemacht sein, Publication. Die Art der Publication giebt die Verfassung, ohne Publication aber kein Gesetz.

Eigentliche Gesetze sind die Aussprüche der Staatsgewalt, die einen Rechtssatz enthalten, von welchem Umfang er sein möge, eine Regel, nach welcher eine gewisse (größere oder kleinere) Gattung von Fällen zu beurtheilen ist, leges generales. Dahin gehören auch die für eine besondere Classe von Personen ausdrücklich bestimmten, z. B. Soldaten, Frauen u. s. w., leges speciales, im Gegensatz gegen die auf alle Staatsangehörige anwendbaren, leges communes.

In die gesetzgebende Gewalt ist aber auch die Befugniß gelegt, für einzelne Personen oder Gegenstände etwas zu bestimmen, das die Wirkung eines Rechtssatzes haben soll, ohne aber in seiner Anwendung über jene hinauszugehen, constitutiones personales: Dispensationen (Entbindung einer Person von einer Rechtsvorschrift für einen einzelnen Fall), Privilegien (Ertheilung eines Rechts, das die Person nach dem generellen Rechte nicht hätte), überhaupt Concessionen. Z. B. venia aetatis, würde dagegen der Satz ausgesprochen, daß unter gewissen Bedingungen die Großjährigkeit früher eintreten solle, so wäre dies eine lex generalis. — Die constitutiones personales sind keine Rechtsquellen, nur Quellen von Rechten, daher noch bei den Rechten von ihnen die Rede sein wird (§. 31).

Die leges generales beziehen sich nie blos auf einen einzelnen Fall, es ist aber möglich, daß bei Gelegenheit der Entscheidung eines einzelnen Falls zugleich ein Rechtssatz ausgesprochen wird. Dies war sehr häufig im römischen Recht der Fall, bei den Decreten der Kaiser, und bei den Rescripten auf Anfragen und Berichte.

In der Form der Rescripte wurden theils Verleihungen gemacht, z. B. venia aetatis, Arrogation, Legitimation u. s. w. Diese Rescripte sind durchaus constitutiones personales. Man nennt sie (nach dem canonischen Recht) rescripta gratiae; diese sind auch heutzutage üblich. Theils wurden Fälle entschieden, die dem Kaiser vorgelegt wurden, rescripta iustitiae. Diese können personalia, aber auch generalia sein. Dieser Einfluß des Fürsten auf die Rechtspflege (Cabinetsjustiz) ist heutzutage unzulässig. Doch kommen noch heutzutage Rescripte vor, durch

welche die Justizministerien in gewissen Fällen auf die Thätigkeit der Gerichte einwirken, ferner die Obergerichte auf die Untergerichte, z. B. rescripta avocatoria, Abnahme der Entscheidung wegen Pflichtwidrigkeit u. s. w., rescripta de emendando auf erhobene Appellation und Rechtfertigung, ohne Vernehmung des Appellaten, was ausnahmsweise zulässig ist, s. Proceß.

Das römische Recht enthält Bestimmungen über die Form der Rescripte, diese sind schlechthin unanwendbar. Dagegen enthält es materielle Vorschriften, von denen noch eine Anwendung zu machen ist, theils bei den rescripta gratiae, soweit sie sich auf diese beziehen, theils bei den rescripta iustitiae, soweit ein Analogon von diesen noch vorkommt. Diese Grundsätze s. §. 14. a. des Lehrbuchs.

§. 15.

Die vornehmste Erkenntnißquelle des gesetzlichen Rechts sind die Gesetzesurkunden. Aus diesen hat der Richter dieses Recht zunächst zu entnehmen.

Auf zweierlei kommt es dabei an 1) daß die Urkunde wirklich ein Gesetz ist, daß sie den gültigen Willen des Gesetzgebers enthält; 2) welches der Inhalt dieses Willens ist. Das erste läßt sich kurz bezeichnen: Existenz, das zweite: Sinn des Gesetzes.

Die Existenzfrage hängt ab zuerst von der Aechtheit der Urkunde, theils im Ganzen, theils in ihren einzelnen Theilen, d. h. der Eigenschaft, daß sie das Gesetz, wie es der Gesetzgeber erlassen, enthalte. Je älter ein Gesetz ist, desto leichter kann ein Zweifel darüber entstehen, aber auch bei neuen ist es nicht undenkbar (z. B. Entstellung eines Gesetzes gleich bei der ersten Publication durch Druckfehler). Diese Untersuchung heißt Kritik. Das kritische Urtheil gründet sich entweder auf Vergleichung anderer dasselbe Gesetz überliefernder Urkunden, vergleichende Kritik, oder auf andere (äußere oder innere) Gründe, Conjecturalkritik.

Die Existenzfrage hängt aber auch von der verfassungsmäßigen Promulgation und Publication ab. Die Untersuchung dieses Punktes, wie die Kritik, liegt dem Richter ob, und kommt ihm zu. Denn das Recht zu erkennen und es anzuwenden ist das Amt des Richters, jene Erkenntniß setzt nothwendig die Existenz des Rechts und ihre Untersuchung voraus. Dies muß vom gesetzlichen Recht so gut gelten, wie vom Gewohnheitsrecht.

Ueber diesen Punkt ist neuerdings eine Controverse von großer Wichtigkeit entstanden, veranlaßt durch die Erfordernisse der Gesetze in den constitutionellen Monarchien.

Mehrere Juristen wollen folgende Unterscheidung aufstellen:

1) Es entsteht ein Zweifel über die gesetzmäßige Entstehung des Gesetzes. So wenn der Fürst ein Gesetz ohne Mitwirkung der Landstände erlassen hat, und es sich fragt, ob es zu denen gehöre, bei welchen die Verfassung diese Mitwirkung nicht fordert.

2) Die Gesetzmäßigkeit der Entstehung ist nicht zweifelhaft, sondern nur, ob das Gesetz gehörig publicirt sei.

Man hat nun behauptet, über das Erforderniß der Publication könne der Richter, der in den Fall komme, das angebliche Gesetz anzuwenden, urtheilen. Nicht so über das erste Erforderniß. Der Richter müsse es also schlechthin anwenden, wenn es nur gehörig publicirt sei. Die Entscheidung über das erste Erforderniß müsse er den Verhandlungen zwischen Landständen und Regierung überlassen.

Diese Theorie ist ohne inneren Halt (auch politisch gefährlich, da sie den Verfassungen eine bedeutende, ja die sicherste Garantie entzieht).

1) Es ist unbestritten, daß der Richter das Recht zu erkennen hat. Darin liegt das Urtheil über die Erfordernisse der Existenz. Der Richter kann sich nicht an die gesetzgebende Gewalt wenden, denn er soll nach dem bestehenden Recht verfahren.

2) Es ist völlig willkührlich, für jene beiden Erfordernisse in dieser Beziehung einen Unterschied zu machen. Ob die Verfassung eine landständische ist, oder nicht, kann keinen Unterschied machen. Die Richter haben in dieser keinen andern Beruf, als in absoluten Monarchien, am wenigsten kann dort ihr Beruf ein geringerer, geschmälerter sein.

3) Jene Theorie ist auch in sich selbst unlogisch. Vorausgesetzt nämlich, daß der Richter die Entscheidung den politischen Verhandlungen überlassen müßte, so wäre die wahre Folge die, daß er bis zu dieser Entscheidung das problematische Gesetz nicht anwenden dürfte. Jene sagen ganz grundlos, er müsse es einstweilen anwenden.

4) Man hat den Einwurf gemacht, unsre Ansicht würde jedes Gericht zu einem Staatsgerichtshof machen, der die Streitigkeiten zwischen Ständen und Regierung entscheide. Dieser

Einwurf beruht auf einer Verwechselung. Der Richter, indem er ein Gesetz auf einen vor ihm anhängigen Rechtsstreit anwendet oder nicht, giebt keine allgemeine Entscheidung über seine Existenz; er entscheidet nur diesen Proceß, nicht jenen Streit zwischen den Ständen und der Regierung. Er geht also über seine Befugnisse nicht hinaus.

Sinn des Gesetzes. Auslegung, Interpretation.

Es ist zu erinnern, daß dies Wort von den römischen Juristen für die gesammte Thätigkeit des Juristen, gegenüber dem bestehenden Recht gebraucht wird, die nicht bloß receptiv, zum Verständniß führend, sondern auch productiv, ergänzend und modificirend ist (§. 18. des Lehrb.). Wir nennen bloß jene receptive Thätigkeit Interpretation. Ja auch für das Verhältniß anderer Rechtsquellen brauchen die Römer das Wort, so für die Ergänzung eines Gesetzes durch Gewohnheitsrecht,[1] ferner durch den Gesetzgeber, in diesem Sinn sagt Justinian solus interpres legum imperator. Man hat daraus eine Usualinterpretation und authentische Interpretation gemacht. Beide sind unter der Legalinterpretation begriffen. Ihr gegenüber steht die wissenschaftliche, nicht auf äußerer Autorität beruhende, doctrinelle Interpretation. Bloß diese ist eine Interpretation in unserm Sinn. Die legale stellt neues Recht auf nur in Beziehung auf älteres. Bei der authentischen giebt der Gesetzgeber ein neues Gesetz, nur mit der Anweisung, es so zu behandeln, wie wenn es schon in dem alten enthalten wäre.[2] Die authentische Interpretation hat daher alle Erfordernisse eines neuen Gesetzes.

Die doctrinelle Interpretation hat man eingetheilt in grammatische (den Sinn aus dem bloßen Wortverstand nachweisende), und logische (als Resultat anderer, sachlicher Gründe, z. B. des Zwecks des Gesetzes, sonstiger historischer Verhältnisse ꝛc.). Oft hat man sie als zwei selbstständige Arten betrachtet, von denen bald die eine, bald die andere angewendet werden müßte. In der That ist dies nur eine Eintheilung der Hülfsmittel. Diese können nicht getrennt, sie müssen mit einander gebraucht werden.

---

1) L. 37. D. de leg. (1, 3).

2) Eine Anwendung davon s. unten bei der Anwendung neuer Gesetze §. 111.

Die logische soll sein declarativa oder extensiva oder restrictiva gegenüber dem Wortverstand (den Resultaten der grammatischen Interpretation). Dies ist eine Vermischung von verschiedenen Dingen.

Zwei Fälle sind möglich 1) man nennt die Interpretation restrictiva und extensiva, wenn von dem gewöhnlichen Wortverstand abgewichen wird. Dies ist keine Extension und Restriction, die Interpretation ist in der That nur declaratorisch. 2) Man bezeichnet so eine wirkliche Modification des Gesetzes selbst. Dies ist nicht Interpretation in unserm Sinn (s. §. 18.).

Aus den Regeln für Kritik und Interpretation hat man wohl eine eigene Disciplin gemacht, die juristische Hermeneutik, gewöhnlich eine sehr äußerlich gehaltene, unfruchtbare, nicht in das Wesen der Sache eingehende, hölzerne Darstellung. Abgesehen von dem gesunden Menschenverstand muß die ganze Jurisprudenz die Hermeneutik sein.

Einzelne Punkte sollen hier hervorgehoben werden, die theils im allgemeinen, theils für die Interpretation des Corpus Juris wichtig sind.

1) Das oberste Princip der Interpretation ist: das Gesetz ist der ausgesprochene Wille des Gesetzgebers. Der Wille ist nichts ohne das Wort, das Wort ist nichts ohne den Willen. Der Sinn muß immer in den Worten liegen (wenn auch nicht in ihrer gemeinen Bedeutung), und die Worte müssen dem Willen des Gesetzgebers entsprechen, wenn das Gesetz gelten soll. Daher kann die wahre Interpretation keinen andern Sinn aufstellen, als der in den Worten liegt, es kann nur eine declaratorische Interpretation geben.

2) Zu unterscheiden sind verba dispositiva s. decisiva, die den eigentlichen gesetzlichen Ausspruch enthalten, und verba enunciativa s. relativa, Aeußerungen über Motiv, Zweck, Nützlichkeit, überhaupt alles, was nicht ein wesentlicher Theil des auszusprechenden Rechtssatzes selbst ist. Die letzteren sind nur ein Hülfsmittel zur Interpretation der ersteren. Ihre Brauchbarkeit in dieser Hinsicht hängt von dem Grad der Einsicht und Fähigkeit des Gesetzverfassers ab. In den Gesetzen der späteren römischen Kaiser sind sie oft unschicklich weitläufig, und ohne wahren juristischen Gehalt, daher die richtige Interpretation eher hemmend, als fördernd. Ein Punkt ist auch so nicht unwichtig

bei der justinianischen Gesetzgebung, nämlich die Existenz oder Nichtexistenz von solchen Auseinandersetzungen über den Nutzen rc. des Gesetzes. Ihr Mangel deutet an, daß Justinian nichts neues beabsichtigte.

3) Wenn ein Gesetz den Fall seiner Anwendung ausdrücklich bestimmt, so liegt darin stillschweigend die Ausschließung anderer Fälle. Diese Interpretation heißt argumentum a contrario z. B. L. 22. D. de leg. (1, 3): cum lex in praeteritum quid indulget, in futurum vetat.[3] Oder: Soldatentestamente, die während eines Gefechts gemacht werden, bedürfen keiner Solemnitäten. Dahin gehört auch die Regel: exceptio firmat regulam in casibus non exceptis. — Die Anwendung jenes Arguments setzt voraus a) daß der Sprechende richtig gedacht habe, und des richtigen Ausdrucks mächtig gewesen sei. Bei ungeschickten Sprechern dürfen wir es nicht immer anwenden, und solche sind zuweilen auch die Gesetzverfasser; b) daß der Fall auch wirklich den Charakter einer dispositiven Voraussetzung habe, nicht bloß historische Erwähnung sei, z. B. Titius, Soldat, hat eine letztwillige Disposition während der Schlacht bei N. in seine Brieftasche geschrieben, dieses Testament ist gültig. Hier gilt der entgegengesetzte Grundsatz: unius positio non est alterius exclusio.

4) Ein großer Theil von dem Inhalt des justinianischen Codex besteht aus Rescripten, also Anwendungen von Rechtssätzen auf gegebene Fälle. Die richtige Bestimmung des darin enthaltenen Rechtssatzes hängt sehr häufig von der Ermittelung der Beschaffenheit des Falls ab, den sie zunächst im Auge haben, indem sich dadurch die richtige weitere Anwendung des Rechtssatzes feststellt. Dies hat zuweilen Schwierigkeiten, a) weil die Compilatoren die Rescripte allzusehr beschnitten, und die Entscheidung aus ihrem Zusammenhang gerissen haben, b) weil umgekehrt der Fall mit irrelevanten Nebenumständen erzählt ist, die auf die Entscheidung keinen Einfluß haben. Daher ist namentlich das argumentum a contrario bei Rescripten nur mit großer Vorsicht anzuwenden.

---

3) (D. h. wenn der Prätor in seinem Edict (lex) erklärt, vor dem Ablauf einer bestimmten Zeit nach entstandenem Klagrecht (in praeteritum) eine gewisse Klage geben zu wollen z. B. intra annum agere permittam, so liegt darin zugleich, daß sie nach dem Ablauf dieser Zeit nicht mehr gestattet ist: post annum non dabo. L. 1. pr. D. U. P. (43, 17), Donell. comm. iur. civ. I. 14. Savigny, System I. S. 237. n. A. d. H.).

5) Unsere Juristen pflegen die Regel zu geben, correctorische, d. h. das bisherige Recht abändernde Gesetze seien strict zu interpretiren, d. h. so, daß die Abänderung möglichst gering angenommen werde. Dies ist einer der schlechtesten Grundsätze, die man für die Interpretation aufgestellt hat. Als ein allgemeiner führt er zu entschieden unrichtigen Interpretationen. Man kommt durch seine Anwendung dahin, beabsichtigte Reformen zu schwächen, und in das Schlimmste, was einem Gesetzgeber begegnen kann, in halbe Maaßregeln zu verwandeln. Man muß jedem Gesetz sein Recht widerfahren lassen, mag es correctorisch sein oder nicht. Nicht zu weit zu gehen, davor muß der gesunde juristische Tact und Verstand bewahren, solche äußerliche Regeln würden nur den Schwachköpfen dienen, um sie des eigenen Denkens zu überheben, diese sollen aber besser gar nicht interpretiren.

6) In den Digesten und im Codex finden sich Excerpte aus den älteren Rechtsquellen, die in ihrem ursprünglichen Zusammenhang einen andern Sinn hatten, als sie ihn als Bestandtheile des Corpus Juris haben sollen, indem sie sich auf antiquirtes Recht bezogen. Duplex interpretatio.[4] Der ursprüngliche Sinn hat nur historisches Interesse, der justinianische ist der unmittelbar praktische, aber um diesen richtig zu bestimmen, kann der erstere ein unentbehrliches Hülfsmittel sein, dadurch also auch die historische Interpretation ein mittelbares praktisches Interesse haben.

Recht der Wissenschaft.

§. 16.

Das auf der äußeren Autorität der unmittelbaren Volksüberzeugung und der Gesetzgebung beruhende Recht ist stets auch

4) (Z. B. L. 12. D. de serv. (8, 1): non dubito, quin fundo municipum per servum recte servitus adquiratur hat im Corpus Juris den Sinn: die Willensunfähigkeit einer juristischen Person hindert den Erwerb von Prädialservituten nicht, da er durch Sclaven möglich ist. In ihrer ursprünglichen Bedeutung beschränkt sie diese Möglichkeit auf Rusticalservituten, da nur hier der Erwerb durch mancipatio, also auch durch Sclaven vermittelt werden konnte. Ulp. 19, 1., Gai. 2, 96. — L. 1. D. de legatis I. (30. un.): Per omnia exaequata sunt legata fideicommissis beschränkte sich ursprünglich auf die Gleichstellung beider Vermächtnißformen im Interdict quod legatorum L. 1. §. 2. 5. D. quod leg. (43, 3), L. un. C. eod. (8, 3), im Corpus Juris enthält sie das Princip ihrer vollständigen Ausgleichung. — In L. 20. §. 8. D. qui test. (28, 1) bedeutet suprema contestatio ursprünglich die nuncupatio testamenti, im Corpus Juris den letzten Willen überhaupt. A. d. H.).

bei dem größten Umfang unzureichend gegenüber der unendlichen Mannigfaltigkeit der Fälle, die dem Richter zur Entscheidung vorkommen. Es bedarf einer Ergänzung, theils weil nicht alle Rechtssätze darin ausgesprochen sein können, theils weil mit dem größeren Umfang z. B. der Gesetze sich auch die Zweifel über den Sinn mancher Aussprüche vermehren und die Möglichkeit der Widersprüche sich vergrößert. So bringt selbst die Ausdehnung des geschriebenen Rechts eine Unzulänglichkeit desselben mit sich. Diese Ergänzung kann der Richter nicht von dem Gesetzgeber erholen, denn er soll nach dem bestehenden Recht, nicht nach erst zu gebenden Gesetzen urtheilen.

Jenes bestehende Recht enthält aber selbst den Keim seiner Ergänzung in sich, durch die Principien, auf denen es beruht, und durch seine vernünftige Natur, die von einem Satz einen Schluß auf einen andern, daraus mit innerer Nothwendigkeit folgenden zuläßt.

Diese Ergänzung aber zur Wirklichkeit und zum Bewußtsein zu bringen, ist die Aufgabe der Wissenschaft, die jene Principien des bestehenden Rechts ermittelt, und aus diesen neue, ergänzende Rechtssätze folgert.

So ist die Wissenschaft nicht bloß eine receptive Thätigkeit (Interpretation der Gesetze und des Gewohnheitsrechts), sondern auch eine productive. Sie ist selbst eine Rechtsquelle, neben das Gewohnheitsrecht und das gesetzliche Recht tritt ein Recht der Wissenschaft.

Dieses Recht hat einen von jenen verschiedenen Charakter. Es beruht nämlich nicht wie jene auf äußerer Autorität, sondern auf innerer, 1) auf der Vernunftmäßigkeit des bestehenden Rechts, 2) auf der Wahrheit der daraus abgeleiteten Principien, und 3) auf der Richtigkeit der Folgerungen, die aus diesen Principien gemacht werden.

Es wird daher auch nur aus inneren Gründen erkannt: Feststellung der Principien, Consequenz aus diesen, und Analogie gleicher Consequenzen, die in dem bestehenden Gewohnheitsrecht und gesetzlichen Recht aus denselben Principien für andere Fälle wirklich schon gemacht sind.

Dieses Recht der Wissenschaft kommt zur Erscheinung in den Juristen und ihrer theoretischen und praktischen Thätigkeit, in der Literatur und in den Gerichten. Von dieser Erscheinung habe

ich ihm außer jenem Namen auch den des Juristenrechts gegeben. Aber man muß eine doppelte Art des Juristenrechts unterscheiden, was die, welche den Namen adoptirt haben, nicht immer gebührend gethan haben.

Die Juristen in ihrer literarischen und praktischen Thätigkeit haben eine doppelte Function:

1) sie sind als die rechtskundigsten Glieder der Nation die natürlichen Repräsentanten und Depositarien des nationellen Rechtsbewußtseins — vorausgesetzt, daß sie sich nicht durch willkührliche Theorien oder Hirngespinste und Neuerungsjagden, oder auf der andern Seite durch beschränktes Festhalten an antiquirten Vorstellungen, denen die Nation schon entwachsen ist, dieser Eigenschaft berauben. Hier handelt es sich nicht um Ueberzeugungen, die rein auf wissenschaftlichem Wege überkommen sind, und auf wissenschaftliche Operationen sich gründen, sondern um solche, die ihnen als Gliedern dieses Volks innewohnen. Es sind Volksüberzeugungen, die sich in den Juristen concentriren, und in ihrer Thätigkeit aussprechen. Dieses Juristenrecht (in den Juristen sich manifestirende Recht) ist Gewohnheitsrecht, so gut als das in der Thätigkeit aller Volksglieder sich manifestirende.

Es manifestirt sich in der literarischen Thätigkeit, als gemeine Meinung, communis opinio doctorum, und in der praktischen, usus fori, Praxis. Die Autorität dieser Manifestationen ist hier also die der consuetudo, es soll daraus auf eine in den Juristen sich darstellende gemeinsame Volksüberzeugung geschlossen werden. Diese Art des Juristenrechts gehört nicht hierher, sondern zum Gewohnheitsrecht, wo es denn auch schon erwähnt worden ist.

2) Die Juristen sind Träger der wissenschaftlichen Wahrheiten, sie stellen die Rechtssätze dar, und wenden sie an, die rein auf inneren Gründen beruhen, und die auch nur durch ihre wissenschaftliche Wahrheit eine Autorität haben. Das Juristenrecht ist hier Recht der Wissenschaft. Hier hat die gemeine Meinung und die Praxis eine ganz andere Bedeutung als dort. Eine gewisse Autorität besitzen sie auch hier, aber sie bezeugen hier nicht einen auf äußerer Autorität beruhenden Rechtssatz, sondern sie bezeugen nur eine wissenschaftliche Wahrheit, ein Zeugniß, das natürlich immer ein unvollkommenes ist. Die Sache ist diese: Es entsteht eine Vermuthung für die Wahrheit einer Ansicht,

wenn sie von den bewährtesten Rechtsgelehrten übereinstimmend vorgetragen wird (communis opinio), und wenn sie sich auch in der Anwendung constant geltend gemacht hat (usus fori), und ein gewissenhafter Richter wird im Zweifel dabei stehen bleiben. Aber diese Vermuthung muß der Wahrheit weichen; sowie ein Richter sich von ihrer Unrichtigkeit fest überzeugt hat, würde er pflichtwidrig handeln, wollte er sie noch ferner anwenden, und hätte man sie Jahrhunderte lang für wahr gehalten, und seit Menschengedenken in den Gerichten befolgt.

Es ist von der größten Wichtigkeit, diese beiden Arten des Juristenrechts zu unterscheiden. Wenn von einer Praxis die Rede ist, muß stets gefragt werden, ist es die Praxis eines Gewohnheitsrechts, oder die Praxis eines wissenschaftlich producirten Satzes? Woran unterscheiden wir sie?

Es giebt viele Rechtssätze, die einer inneren Begründung nicht fähig sind, die der freien und willkührlichen Bestimmung anheimfallen. So ganze Rechtsinstitute in Beziehung auf die Frage, ob sie existiren: Testamente, Verjährung 2c., sodann einzelne Sätze derselben, z. B. Siegelung der Testamente, Unterschrift der Zeugen, Länge der Verjährungszeit 2c., während andere das Rechtsinstitut gegeben, allerdings mit Nothwendigkeit aus seinem Begriff folgen.

Ein solcher freier Rechtssatz kann nie Recht der Wissenschaft sein, er ist entweder gesetzliches oder Gewohnheitsrecht. Die Praxis eines solchen Satzes führt daher immer auf ein Gewohnheitsrecht zurück, das ihr zu Grunde liegt, sie enthält ein Juristenrecht, das auf der äußeren Autorität der unmittelbaren Volksüberzeugung beruht.

Anders bei den Sätzen, die einer wissenschaftlichen Gründung fähig sind, und welche die Juristen wissenschaftlich deducirt haben, ohne daß sie durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht unmittelbar ausgesprochen sind. Was aus einer wissenschaftlichen Operation stammt, unterliegt der Bedingung seiner Wahrheit. Die Praxis enthält hier ein Juristenrecht, das bloß auf innerer Autorität beruht.

Zum Schlusse sind noch einige Irrthümer zu erwähnen, die vorgekommen sind, und vor denen man sich zu hüten hat.

Im Mittelalter wurde der communis opinio doctorum eine äußere Autorität beigelegt. Gegen diese das Fortschreiten der

Wissenschaft lähmende Meinung erhob sich mit dem Beleben der Wissenschaft eine lebhafte Polemik, welche diesen Mißbrauch glücklich beseitigte.

Aber dieser Irrthum wurde nur durch einen andern abgelöst, der dem usus fori eine solche äußere Autorität gab. Man behauptete (und diese Meinung ist theilweise noch jetzt in Uebung), wenn ein Gericht einer Ansicht gemäß öfter gesprochen habe, so dürfe es in Zukunft nicht davon abweichen, Autorität der Präjudicien.

Das Wahre daran ist, daß diese Präjudicien Zeugen eines wirklichen Gewohnheitsrechts sein können, aber dies wird in der Regel nicht der Fall sein. Ferner daß, wenn es sich um deducirte Rechtssätze handelt, die Richter nicht von jedem Wind der Lehre sich bewegen lassen und so die Justiz variabel machen dürfen, der Irrthum muß ganz entschieden sein, um die Gleichförmigkeit der Rechtssprüche zu unterbrechen. Beobachtet man dies, so wird eine Veränderung gewiß nicht so oft eintreten, daß sie die Justiz unsicher macht.

Aber ein Festhalten an dem Irrthum, bloß weil er hergebracht ist, muß der Gerichte wie jedes Menschen unwürdig sein, und ist nur eine Waffe der alten, hinter der Zeit zurückgebliebenen Mitglieder der Collegien gegen die weiterstrebenden jüngeren Glieder, die dann vielleicht die Opposition über das rechte Maaß der Neuerung hinaustreibt. Es ist immer so, die Ultra's nach der einen Seite bringen Ultra's nach der andern Seite hervor. Und wenn auf diesem Wege ein ewiger Conflict und Unsicherheit entsteht, so beklage man sich nicht über die Theorie, sondern über den eigenen Eigensinn, der allein zu diesem Resultat geführt hat.

Manche sind so weit gegangen, eine bindende Autorität den Präjudicien der Obergerichte für die Untergerichte zuzuschreiben. Dies ist noch überdies ein der Selbstständigkeit jedes Gerichts in seinem Beruf widerstreitender Satz, durch den die Mehrheit der Instanzen theilweise illusorisch gemacht wird.[1]

---

1) (Im Widerspruch mit der im Text vorgetragenen Ansicht ist neuerdings behauptet worden: die Wissenschaft könne wenigstens nicht unmittelbar neues Recht erzeugen, es müsse immer noch die Anerkennung im nationalen Bewußtsein oder durch die Gesetzgebung hinzutreten, so lange der Rechtssatz noch der

Zweites Kapitel.

Verhältniß der Rechtsvorschriften zu einander.

Aufhebung von Rechtssätzen.

§. 17.

Das Recht ist der Veränderung unterworfen. Rechtssätze entstehen und vergehen, sie können durch andere modificirt oder ganz aufgehoben werden. Die s. g. clausula derogatoria sichert kein Gesetz, es ist mit dieser Clausel wie ohne sie der Aufhebung unterworfen.

Entstehung und Aufhebung lassen sich im Grunde gar nicht trennen. Jede Aufhebung ist Hervorbringung eines neuen Rechts, denn schon das ist neues, daß das frühere nicht mehr gilt.

Daraus folgt ein wichtiges Princip.

1) Die Kraft der Aufhebung kann nur einer Rechtsquelle zukommen. Etwas anderes ist Ausschließung der Anwendung, wenn der Rechtssatz von dieser Beschaffenheit ist (§. 110.), dies kann möglicherweise schon durch Privatwillen geschehen.

Ein Rechtssatz kann durch sich selbst aufgehoben werden, wenn die Voraussetzungen seiner Gültigkeit wegfallen, ausdrückliche, z. B. Zeit, stillschweigende, z. B. der Rechtssatz bezieht sich wesentlich auf einen andern, ohne den er keinen Sinn hat, mit dessen Aufhebung er daher wegfällt. So die Strafen ungegründeter Scheidung mit der Möglichkeit der Privatscheidung, das ius poenale bei Innominatcontracten mit dem römischen Contractsystem zusammenhängend.

Prüfung seiner inneren Wahrheit unterliege, sei er, wenn auch vollkommen wahr, doch erst bloßer Lehrsatz (sententia et opinio), v. Scheurl, Beiträge 1852. I. Nr. 4. S. 121 f. Diese Ansicht stimmt mit der am Schluß des §. 16. verworfenen darin überein, daß sie den Grund des Rechts aus dem inneren Moment der Rechtsvernunft (ratio) in die Zuthat der äußeren Anerkennung verlegt. Darin liegt aber wieder 1) die im Text gerügte Verwechselung der freien und nothwendigen Rechtssätze, welche letzteren einer äußeren Anerkennung deshalb nicht bedürfen, weil sie implicite in dem Gesetz schon im Voraus anerkannt und durch Auslegung blos hervorzuziehen sind, 2) v. Scheurl müßte also consequent zugleich die doctrinelle Interpretation verwerfen, womit er sich dann ungefähr auf den Standpunct Justinian's §. 19. Note 2. stellen würde, 3) die Ansicht bewegt sich im Cirkel: wie soll der Lehrsatz in's nationale Bewußtsein übergehen, wenn der Richter die Interpretation nicht eher anwenden darf, bis sie in dasselbe übergegangen ist? A. d. H.).

Bei der Aufhebung durch einen andern Rechtssatz kommt insonderheit jene Regel und die folgende zur Sprache.

2) Die aufhebende Rechtsquelle muß einen Rechtssatz desselben Umfangs hervorzubringen die Kraft haben, wie der aufzuhebende ist. Daher kann zwar particuläres Recht durch gemeines aufgehoben werden, aber nicht umgekehrt. Ein doppelter Fall ist möglich a) das gemeine Recht läßt eine particuläre Abweichung zu (dies ist die Regel), hier besteht das entstehende particuläre Recht, aber darin liegt nicht eine Aufhebung jenes, sondern nur eine Ausschließung seiner Anwendung. b) Das gemeine Recht verbietet eine particuläre Abweichung, z. B. allgemeine Zinsbeschränkung, oder allgemeines Verbot, in den Städten zu begraben (s. Note b des Lehrbuchs). Hier ist kein particuläres Recht möglich, so lange jenes gemeine Recht besteht, das particuläre wäre (theilweise) Aufhebung des gemeinen, dies ist nicht möglich.

3) Der Rechtssatz muß auch die Bestimmung haben, den andern aufzuheben. Unzweifelhaft ist dies, wenn eine ausdrückliche Bestimmung vorliegt, oder wenn das Nebeneinanderbestehen schlechthin unmöglich ist. Zuweilen aber ist es zweifelhaft, und dann ist die Entscheidung Sache der Interpretation. Beispiele: Gemeines Recht kann particuläres aufheben, im Zweifel hebt es aber das particuläre nicht auf s. Note b d. Lehrb. Generelles Recht kann specielles aufheben, die Intention kann aber möglicherweise die sein, nur die Regel aufzuheben, nicht die Ausnahmen, diese vielmehr von der neuen Regel fortgelten zu lassen, z. B. beim Zinsfuß.

4) Der aufhebende Rechtssatz muß der jüngere sein: ius posterius derogat priori. Dies ist der Grund, warum die clausula derogatoria inept ist.

Modification von Rechtssätzen.

§. 18.

Es ist möglich, daß zwei Rechtssätze, ohne schlechterdings einander auszuschließen, doch nicht in ihrer vollen Bedeutung neben einander bestehen können. Neben der Aufhebung giebt es auch eine Modification von Rechtssätzen.

Dieses Verhältniß findet sich sehr häufig im Corpus Juris, nach seiner Eigenschaft als Sammlung von ursprünglich in einem

andern Zusammenhang stehenden oder auch einzeln stehenden Stellen und Gesetzen. Häufig wird hier durch eine Stelle, wenn sie auch den Schein einer vollständigen Darstellung des Rechts über einen gewissen Punkt hat, das Verhältniß doch nicht vollkommen bestimmt, diese Bestimmung wird ergänzt durch eine andere Stelle, die entweder eine Ausnahme hinzufügt, oder sonst die Allgemeinheit der ersten einschränkt, oder endlich auch eine Erweiterung des Rechtssatzes, Ausdehnung auf andere Fälle, die nach seiner ersten Fassung nicht darunter begriffen sind, enthält.[1] Aber nicht bloß in einem Gesetzbuch, auch unter einzelnen Gesetzen kann sich dieses Verhältniß finden, und nicht bloß unter Gesetzen, sondern auch zwischen diesen und Gewohnheitsrecht ist es möglich.

Diese Modification kann nicht bloß durch Gewohnheitsrecht und gesetzliche Rechtssätze geschehen, sondern auch durch das Recht der Wissenschaft, während eine eigentliche Aufhebung durch diese Rechtsquelle der Natur der Sache nach nicht vorkommen kann.

Also aus inneren Gründen kann sich eine Nothwendigkeit der Modification eines Gewohnheitsrechts oder Gesetzes ergeben. Eine Erweiterung durch Herbeiziehung anderer Fälle z. B. petitio tutoris, auch curatoris, wo dieser für den Unmündigen nothwendig wird. Eine Beschränkung z. B. transactio alimentorum apud praetorem, Ausnahme, wenn die Termine verkürzt werden.[2]

Etwas Anderes ist die Nachweisung, daß der Rechtssatz diesen weiteren oder engeren Sinn habe, wobei der Rechtssatz unverändert gelassen, und nur ein falscher Schein eines engeren oder weiteren Sinns durch richtige Interpretation entfernt wird. Hier ist von einer Erweiterung oder Beschränkung des Rechtssatzes selbst die Rede.

Wann sind wir zu einer solchen Modification berechtigt?

---

1) Ein auffallendes Beispiel geben die Stellen: L. 85. §. 1. D. de R. J. (50, 17): Non est novum, ut quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus exstiterit, a quo initium capere non potuerunt. L. 3. §. 2. D. de his qu. pro non scr. (34, 8): — quae in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur. L. 98. pr. D. de V. O. (45, 1): — et maxime secundum illorum opinionem, qui etiam ea, quae recte constiterunt, resolvi putant, cum in eum casum reciderunt, a quo non potuissent consistere. — Darauf gründet sich die Nothwendigkeit der Vergleichung der Parallelstellen.

2) L. 2. §. 29. D. ad S. C. Tertull. (38, 17), L. 8. §. 6. D. de transact. (2, 15).

Es ist schon gesagt, eine innere Nothwendigkeit muß dafür sprechen. Näher: Es bedarf der Nachweisung, daß ohne diese Modification der Rechtssatz kein vernünftiges Resultat geben würde, bei der Erweiterung, daß die Ausschließung der herbeizuziehenden Fälle seine Anwendung auf die im Gesetz ausgedrückten plan- und gedankenlos machen, bei der Beschränkung, daß durch die Anwendung auf die auszuschließenden Fälle der Rechtssatz seine Bedeutung und Begründung verlieren würde.

Widersprüche.

§. 19.

Die bisher über Aufhebung und Modification vorgetragenen Grundsätze kommen zur Anwendung bei Collision von Rechtssätzen. Collision ist das Verhältniß zwischen zwei Rechtssätzen, von denen einer neben dem andern entweder gar nicht, oder wenigstens nicht seinem ganzen Umfang nach bestehen kann.

Nun kann aber die Anwendung dieser Grundsätze gehindert sein dadurch, daß sich nicht bestimmen läßt, welchem von beiden Rechtssätzen die aufhebende oder modificirende Kraft zukommt. Dies ist der Begriff des Widerspruchs, der Antinomie. Solche Widersprüche kommen im Corpus Juris, sie kommen auch in neueren Gesetzbüchern und Rechtskörpern vor. Wie haben wir uns dabei zu verhalten? Die hier zu gebenden Regeln sollen zunächst auf das Corpus Juris angewendet werden, hiernach wird sich dann auch ihre sonstige Anwendung von selbst machen lassen.

1) Wenn wir uns die collidirenden Gesetze als einzelne denken, so paßt auf diese Collision nie der Begriff des Widerspruchs. Das spätere Gesetz hebt das mit ihm collidirende frühere ganz oder theilweise auf. In diesem Falle ist ein Widerspruch nicht vorhanden, der Widerspruch ist immer etwas Gegenseitiges, hier existiren die beiden Gesetze gar nicht gleichzeitig, z. B. zwei Novellen. Ebenso ist es bei der Collision eines einzelnen Gesetzes und eines Gesetzbuches, z. B. einer Novelle mit dem Codex, den Digesten oder Institutionen.

Ein Irrthum wäre es, dies Verfahren anzuwenden auf einzelne Stellen desselben Gesetzbuchs, z. B. zwei Codexstellen, zwei Pandektenstellen, wie Manche gethan haben, so daß die ältere Constitution der neueren, der frühere Jurist dem späteren weichen

müßte. Hier ist vielmehr umgekehrt die Collision wirklich ein Widerspruch, die Stellen sind als Theile des Gesetzbuches gleichzeitig. Justinian hat ausdrücklich verordnet, obwohl sie von verschiedenen Urhebern aus verschiedenen Zeiten herrühren, so sollten sie doch in jener Hinsicht alle so beurtheilt werden, als wenn sie von ihm selbst herrührten.[1]

Mehr Schein hat es auf den ersten Anblick, eine Collision zwischen Digesten und Coder, Digesten und Institutionen, Coder und Institutionen wie die Collision einzelner Gesetze zu behandeln, da eine Collision von verschiedenen Gesetzbüchern eben so ist wie die Collision verschiedener einzelner Gesetze. Dies ist auch die Meinung vieler Juristen gewesen, also: der Coder geht den Digesten und Institutionen vor. (Dagegen ist es auch von diesem Standpunkt ein Fehler, den Vorzug der Institutionen vor den Digesten zu behaupten, da beide von demselben Tage Gesetzeskraft erlangt haben und der Umstand, daß die Institutionen in der Form selbstständiger erscheinen, nach den obigen Bestimmungen Justinian's keinen Einfluß haben kann). Jene Meinung wäre richtig, wenn ihre Voraussetzung, daß es sich hier um einzeln stehende Gesetzbücher handelte, richtig wäre. Aber dies ist ein Irrthum, eine falsche Vorstellung von dem Charakter der justinianischen Legislation. Das Wahre ist: Coder, Digesten und Institutionen sind als Ein Gesetzbuch in verschiedenen Theilen zu betrachten. Von Digesten und Coder enthält jedes ein wesentliches Element des geltenden Rechts, jedes soll das andere ergänzen, jedes setzt das andere voraus. Die Institutionen sind nur ein Auszug zum Behuf des Unterrichts. Es ist nur zufällig, daß sie nicht gleichzeitig publicirt sind, in der Absicht des Gesetzgebers sollen sie so gelten, keines hat einen gegen die anderen selbstständigen Gehalt. Mithin ist eine Collision unter ihnen ganz ebenso ein Widerspruch, wie die Collision zweier Coderstellen ꝛc., und der Grundsatz vom Alter findet keine Anwendung.

2) Die Widersprüche, also die Collisionen zwischen gleichzeitigen oder für gleichzeitig geltenden Rechtssätzen sind nur scheinbare, wenn eine Vermittelung durch Interpretation möglich ist, wenn eine richtige Auslegung einen Sinn giebt, wonach beide

---

1) Const. Deo auctore §. 6. 8., Const. Tanta §. 10. 20.

Stellen einander nicht ausschließen. Dies ist der Fall, wenn sich ergiebt, daß sie von verschiedenen Dingen handeln (z. B. die L. 2. C. quae sit longa consuet. (8, 53.) und die L. 32. D. de legib. [1, 3.]), oder daß und wiefern die eine die andere zu modificiren bestimmt ist, oder daß die eine nur historisch gemeint ist, während die andere das geltende Recht geben soll (s. z. B. §. 425 des Lehrb. a. E.).

Die meisten angeblichen Widersprüche im Corpus Juris sind nur scheinbare, die nur einer mangelhaften Interpretation als Widersprüche vorgekommen sind.

3) Ein wirklicher Widerspruch ist der, welcher durch Interpretation sich nicht entfernen läßt. Die Folge ist nothwendig diese: da beide Stellen gleichen äußeren Anspruch auf Geltung, gleiche Kraft besitzen, so machen sie sich gegenseitig unwirksam, jede hebt die andere auf. Es muß daher eine Rechtsquelle eintreten, um die Frage zu entscheiden, die in dem geschriebenen Recht, da widersprechend, nicht entschieden ist.

Löhr[2] hat geglaubt, diese Rechtsquelle sei die Gesetzgebung, der Richter habe sich an den Gesetzgeber zu wenden. Dies hätte allenfalls Justinian vorschreiben können, bei der damaligen Cabinetsjustiz, und etwas dergleichen hat er wirklich befohlen, nämlich in Beziehung auf alle Dunkelheiten.[3] Dies würde heutzutage ganz unstatthaft sein, der Richter hat sich nicht erst Gesetze für einen anhängigen Fall geben zu lassen. Jene Verordnung Justinian's ist auch im preußischen Landrecht nachgeahmt, kurze Zeit nach der Publication aber wieder aufgehoben worden. Daß man sich so bald auf die Wahrheit besonnen hat, wurde allerdings insonderheit durch die praktische Unausführbarkeit begünstigt. Der Unzahl von Anfragen hätte kein Ministerium genügen können.

Löhr ist denn auch zu jener Aushülfe nur durch eine Art von Verzweiflung bewogen worden; damals war man sich keiner andern hier anwendbaren Rechtsquelle, als der Gesetzgebung, bewußt. Aber diese Extremität existirt gar nicht, es giebt eine Rechtsquelle, deren eigenster Beruf die Ergänzung des geschriebenen Rechts ist.

---

2) Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung. III. 7. (1818) S. 211.

3) L. 2. §. 18. 21. C. de vet. iure enucl. (1, 17).

Das Resultat ist: im Fall eines Widerspruchs ist der Fall so zu entscheiden, wie wenn er im Gesetz gar nicht entschieden wäre, also aus inneren Gründen, nach dem Recht der Wissenschaft.[4]

Drittes Kapitel.

Verhältniß der Rechtsvorschriften zu nichtjuristischen Principien.

Sittlichkeit und Religion.

§. 20.

Die menschlichen Handlungen werden nicht blos durch rechtliche, sondern auch durch sittliche und religiöse Vorschriften geregelt. Eine Handlung kann unsittlich und irreligiös sein, ohne darum auch widerrechtlich zu sein.

Es sind zwei Abwege zu vermeiden. Ein Recht, welches unsittliche Handlungen schlechthin wie rechtswidrige behandelt, würde seinen eigenen Charakter, seine Selbstständigkeit aufgeben, es würde als ein besonderes Princip nicht mehr bestehen, und auf der andern Seite nicht einmal der Sittlichkeit und Religion nützen, indem es durch seinen äußern Zwang die Freiheit der Gesinnung untergrübe.

Dagegen würde ein Recht, das sich gegen die Gebote der Sittlichkeit und Religion vollkommen gleichgültig verhielte, und sich isolirte, ein todtes für das wirkliche Leben unbrauchbares, unvernünftiges Abstractum werden.

Die Principien, die sich im allgemeinen über dieses Verhältniß geben lassen, und die sich im Einzelnen bestätigt finden werden, sind folgende:

1) Es giebt Verhältnisse ursprünglich rein sittlicher Natur, die zu Rechtsverhältnissen geworden sind, z. B. Ehe, Verhältniß zwischen Eltern und Kindern. Die rechtliche Gestaltung hat nicht

---

4) (Auf dieses Resultat führt auch die Geschichte des geschriebenen Rechts. Gai. I, 7., §. 8. J. de iure nat. (I, 2), s. v. Scheurl, Beitr. I. 4. (1852) S. 129. A. d. H.).

den Beruf, alle sittlichen Pflichten zu rechtlichen zu machen, aber sie muß von der Beschaffenheit sein, daß sie kein Hinderniß des sittlichen Verhaltens wird, sie darf keine Verletzung der sittlichen Gebote unter dem Schein des Rechts zulassen.

2) Wo das Recht die Sittlichkeit und Religion zu seiner Hülfe herbeizieht, z. B. die Pflicht der Wahrheit bei dem Beweis, da muß Unsittlichkeit auch die rechtliche Stellung beeinträchtigen, z. B. die Fähigkeit zum Zeugniß, zu Aemtern ꝛc. Dahin gehört auch, wenn Verträge auf das Vertrauen in die gegenseitige Ehrlichkeit und Moralität gestellt sind.

3) Die Würde des Rechts fordert, daß es seinen Schutz versage, wenn er entschieden zu einer Unsittlichkeit in der Art mißbraucht werden sollte, daß das Recht als Beförderer der Unsittlichkeit erscheinen würde, z. B. Verpflichtung zu unsittlichen Handlungen, oder zu einer Leistung unter der Bedingung der Unterlassung. Das Recht kann die Unsittlichkeit nicht verhüten, aber es darf ihr nicht die unterstützende Hand bieten.

Wohlfahrt.

§. 21.

Jedes Recht, auch das vollkommen ausgebildete, kann mit dem individuellen menschlichen Wohl in Conflict kommen. Diese Möglichkeit schreibt sich her aus der Natur des Rechts.

Der eigenthümliche Charakter des Rechts besteht in der Hervorhebung der Gleichheit, des allen Menschen gleichmäßig Zukommenden, gegenüber den individuellen Ungleichheiten. Das individuelle Wohl hängt dagegen mit den individuellen Ungleichheiten der Menschen aufs engste zusammen. Wenn daher z. B. das Recht den Schuldner verurtheilt, seinem Gläubiger zu zahlen, welche Lebensstellung diese Personen sonst auch haben, so ergiebt sich leicht, wie hart dies vom Standpunkt des individuellen Wohls aus erscheinen kann. So verurtheilt es vielleicht den dürftigen, arbeitsamen Familienvater gegenüber dem reichen Einzelstehenden, Müßigen, sich und der Gesellschaft Unnützen, während dem Wohl beider vielleicht zuträglich wäre, dem letzteren zum Besten des ersteren etwas von seinem Ueberfluß zu entziehen.

Das individuelle Wohl schlechthin zum Gesetz für das Recht zu machen, würde eine Zerstörung des Rechts selbst sein. Auf der andern Seite ist aber eben so gewiß, das Recht muß von der Beschaffenheit sein, daß das individuelle Wohl dabei bestehen kann, insoweit als ohne individuelle auch keine allgemeine Wohlfahrt existiren würde. Ein Recht, welches sich diesen Ansprüchen der individuellen Wohlfahrt, soweit die allgemeine dabei betheiligt ist, fügt und öffnet, nennen wir billiges Recht. Billigkeit ist eben die Berücksichtigung der Individualität in den Personen und Verhältnissen.

Daraus ergiebt sich, daß unter dem Vorwand der Billigkeit leicht das Recht umgestoßen werden könnte, wenn nicht jene Schranke beobachtet wird, die Betheiligung des gemeinen Wohls. Es hat Juristen gegeben, die in einer willkührlichen aequitas cerebrina sehr weit gingen, z. B. Leyser, dies ist durchaus zu verwerfen.[1]

Es kommt ein doppelter Weg vor, wie das Recht die Ansprüche der Billigkeit zu befriedigen strebt, ein vollkommenerer und unvollkommenerer.

1) Die Rechtsverhältnisse selbst, in denen sich eine Berücksichtigung der Individualitäten aufdringt, werden so gestaltet, daß sie der Billigkeit entsprechen. Dahin gehört der Einfluß der persönlichen Ungleichheit bei der Handlungsfähigkeit, die Vormundschaft, die Erforderniße der Verjährung, der Usucapion, wodurch ein unbilliger Erfolg für den Aufmerksamen abgewendet wird, der Schutz gegen Dolus in Contracten und unzähliges andere. Hier durchdringt also die Billigkeit das Recht selbst.

2) Zuweilen aber nimmt das billige Recht den Charakter einer Ausnahme von der rechtlichen Consequenz, dem regelmäßigen Recht an, es wird auf eine mehr äußerliche Weise dem Bedürfniß abgeholfen.

Erläuterung durch Beispiele: Es giebt Personen, die durch ihre natürliche Unerfahrenheit oder Leichtgesinntheit im Verkehr leicht zu Schaden kommen können. Das Recht kann sich mit sei-

---

1) Dagegen auch: E. G. O. Th. I. Tit. 13. nicht nach „eines jeden erwogenen Billigkeit oder eigenem fürgenommenen und nicht denen Rechten gemäßen Gewissen."

nem Princip der Gleichheit darüber nicht wegsetzen. Der erste Weg wäre, diese Menschen für unvollkommene Personen zu erklären, und sie einer Vormundschaft zu unterwerfen. Der zweite, sie als vollkommene Personen wie andere zu fassen, aber ihnen durch ein ganz besonders außerordentliches Mittel gegen Nachtheile zu Hülfe zu kommen (in integrum restitutio, S. C. Velleianum, Cession der Forderung ohne Zustimmung des Schuldners. Das Institut ist selbst zum Theil so gestaltet, daß möglichen Nachtheilen begegnet wird. Dies reicht aber nicht aus, man ist deshalb noch auf besondere Auskunftsmittel gerathen z. B. die lex Anastasiana).

Ein solches Ausnahmsrecht heißt ius singulare, privilegium (in diesem Sinn), Rechtswohlthat. Diesem gegenüber das regelmäßige Recht, ius commune. Ius commune ist also nicht bloß das strenge Recht, strictum ius, sondern auch das billige Recht, wenn es nur die Billigkeit nicht als bloße Ausnahme neben sich stehen läßt, sondern sie in sich aufnimmt. So ist es ius commune, daß ein Minderjähriger nicht verpflichtet wird ohne Consens seines Curators, daß er gegen Betrug geschützt wird und daß vielleicht hier auch schon eine auf Uebervortheilung gerichtete Gesinnung als Dolus gilt, wo dies gegenüber einem Volljährigen nicht der Fall wäre; aber daß er in integrum restituirt wird gegen ein nachtheiliges Geschäft, ist ein Ausnahmsrecht, eine Singularität.

In Beziehung auf die juristische Behandlung eines singulären Rechts ist es eine sehr gewöhnliche Meinung, man müsse es stricte interpretiren. Dies ist eine Verwechslung unserer Interpretation und der römischen Interpretatio (s. oben). Wenn es sich um den Sinn eines solchen Rechtssatzes handelt, so giebt es für dessen Ermittelung im allgemeinen keine anderen Grundsätze, als für das ius commune. Das beneficium mißgünstig zu schmälern, sind wir nirgends bevollmächtigt. Aber das ius singulare ist contra rationem iuris eingeführt, und beruht daher lediglich auf äußerer Autorität, nicht auf dem Recht der Wissenschaft.[2] Daher kann es auch nicht durch Anwendung innerer Gründe ausgedehnt werden auf andere Fälle, als für die es eingeführt worden (wenn gleich diese eben so dringenden Anspruch

2) L. 16. D. de legib. (1, 3).

zu haben scheinen). Dies enthalten die Stellen Note h des Lehrb.[3] Das Recht der Wissenschaft beruht auf der ratio iuris, hat also hier keinen Platz. Diese Stellen dürfen also nicht von der bloßen Erklärung eines solchen Gesetzes verstanden werden.[4]

Zweites Buch.

Von den Rechtsverhältnissen.

Erstes Kapitel.

Die Personen.

Begriff der Person.

§. 22.

Zuerst eine allgemeine Betrachtung über den Inhalt dieses zweiten Buchs und sein Verhältniß zum ersten Buch. Die Rechtsvorschriften bilden das Recht als gemeinsamen Willen des Volks und Staats. Ihr Gegenstand und Inhalt sind die Beziehungen und Verhältnisse der Menschen, die ein Ausfluß der rechtlichen Freiheit sind: die Rechtsverhältnisse. Das Allgemeine davon in diesem Buch.

Vier Punkte kommen bei den Rechtsverhältnissen in Betracht: die Subjecte, der Inhalt, die Entstehung und Veränderung, der

---

3) L. 14. D. eod., L. 162. D. de R. J. (50, 17).

4) (Dies übersehen die, welche statt des reinen, billigen und singulären Rechts blos consequentes und inconsequentes unterscheiden z. B. Thöl (Zusatz zu Note h des Lehrbuchs). Der für die Gleichstellung des billigen und singulären Rechts angeführte Grund, daß auch das billige die Consequenz den Umständen opfere, berechtigt nicht zu der Folgerung, daß für das singuläre blos das rein formelle Merkmal bleibe: daß es sich selbst als Ausnahmsrecht bezeichne. Es behält zugleich den Character eines freien, innerer Begründung nicht fähigen Rechtssatzes. Das Verbot des Verkaufes und Vermächtnisses von Baumaterialien §. 528 Note a des Lehrbuchs hätte die Wissenschaft nicht schaffen können, während sie von dem Grundsatz der Unzuläßigkeit einer Bestattung in fremdem Boden zu Gunsten des Socius und Proprietars unbedenklich abgehen darf, weil diese Inconsequenz nur eine Anwendung des höheren Princips enthält, daß die Bestattung des Todten die erste und nächste Rücksicht ist. A. d. H.).

Schutz. — Dies ist der Inhalt der vier Kapitel des zweiten Buchs.

Wir beginnen mit den Subjecten.

Subjecte von Rechtsverhältnissen sind die Menschen als rechtlich freie. Die rechtliche Freiheit aber ist die, welche dem Menschen als reinem Willenssubject zukommt, sie ist die reine Macht (Wille in der Potenz), die Möglichkeit, einen Gegenstand auf sich zu beziehen, sich zu unterwerfen.

Darin liegt eine Abstraction von den unendlichen natürlichen Verschiedenheiten und individuellen Gestaltungen des menschlichen Wesens. Diese Abstraction soll bezeichnet werden mit dem Wort Person, mit dem die rechtliche Stellung des Menschen genannt wird. Der Mensch ist Person heißt: er ist Subject von Rechtsverhältnissen. Persönlichkeit ist die Eigenschaft, ein solches Subject zu sein, die Möglichkeit eines rechtlichen Willens, einer rechtlichen Macht, Rechtsfähigkeit.

Das Recht, indem es diese gleichmäßige Seite am Menschen zum Gesetz macht, findet sich gegenüber das individuelle Dasein des Menschen und seine unendlichen Verschiedenheiten. Diese Verschiedenheiten der Kraft, des Alters, der Geistesgaben, der natürlichen Abhängigkeit wirken auf das Recht zurück und lassen die Gleichheit der Personen nicht zu absoluter Reinheit kommen.

Der Einfluß dieser natürlichen Unterschiede ist ein doppelter:

1) Das Recht nimmt sie zum Theil so in sich auf, daß es sie zu Grundlagen einer Verschiedenheit der Personen macht, indem es z. B. den, der seiner natürlichen Lage nach abhängig und unselbstständig ist, in eine rechtliche Abhängigkeit bringt, und seine Rechtsfähigkeit vermindert. Dadurch entstehen Grade der Rechtsfähigkeit, vollkommenere, unvollkommenere Personen. S. unten Buch IV.

2) Es läßt die natürlichen Unterschiede auf gewisse Verhältnisse einen rechtlichen Einfluß gewinnen, ohne ihnen eine rechtliche Gestalt zu geben, ohne daraus eine Verschiedenheit der Personen zu bilden. Dies ist der Einfluß des Geschlechts, Alters, der Gesundheit, des Geistes auf die rechtlichen Verhältnisse. Davon handeln die beiden folgenden §§. Sie sind bestimmt, diese Unterschiede selbst darzustellen, ihre rechtliche Wirkung ist an den einzelnen Orten auszuführen. — Man hat dies status naturales

genannt, aber status ist eine Verschiedenheit der Personen, hier ist von einer Verschiedenheit der Menschen die Rede.

Einfluß individueller Zustände.

§. 23.

Ueber das Geschlecht s. das Lehrbuch.

Es giebt Altersstufen doppelter Art. Theils sind sie auf eine bestimmte Zahl von Jahren gesetzt, theils nach der Individualität in jedem Fall durch Ermessen zu bestimmen. Manche gehören gleich von Anfang zur ersten Classe, manche sind aus der zweiten in die erste übergegangen, manche in der zweiten Classe geblieben.

1) Die erste Altersperiode bildet die infantia, von der Geburt bis zum vollendeten siebenten Jahr. Dies ist das Alter des noch nicht ausgebildeten Willensvermögens. Schon früh war man übereingekommen, jene bestimmte gleichmäßige Grenze anzunehmen, statt es auf das ungewisse Urtheil in dem einzelnen Fall zu stellen. Infantes oder qui fari non possunt bezeichnet nicht den natürlichen Zustand, sondern den juristischen, nicht den Grund, sondern die Wirkung. Der Infans ist handlungsunfähig, er kann kein Geschäft schließen, der Ausdruck ist von den solennen Handlungen entlehnt, die ein Sprechen (fari) erforderten. Infantia maiores, von diesen können unter Umständen diejenigen, welche nur so eben aufgehört haben infantes zu sein, infantiae proximi, in manchen Beziehungen noch wie infantes zu beurtheilen sein, was der individuellen Beurtheilung unterliegt.

2) Die zweite Altersperiode ist die der impuberes infantia maiores, das Alter der mangelnden Geschlechtsreife und der noch nicht ausgebildeten Einsicht. Die pubertas hat eine juristische Bedeutung für die Ehe, für die Testirfähigkeit, für die Handlungsfähigkeit, und damit zusammenhängend für die Vormundschaft.

Diese Periode geht für Mannspersonen bis zum vollendeten 14., für Frauenzimmer bis zum vollendeten 12. Jahr. Deutsch: Unmündigkeit. Im älteren Recht war sie für Frauen nur in Beziehung auf die Ehe wichtig, nach neuestem Recht ist sie es auch bei diesen in allen jenen Beziehungen. Bei Mannspersonen forderten mehrere römische Juristen außer dem Alter noch körperliche

Ausbildung, doch nur bei der Vormundschafts- und Handlungsfähigkeitsfrage. Diese Controverse ist im justinianischen Recht beseitigt.

In gewissen Beziehungen treten die Grundsätze der Mündigkeit früher ein, bei pubertati proximi hinsichtlich der Fähigkeit zu Delicten.

In einigen dagegen wird die Unmündigkeit noch fortgesetzt bis zum 18. und 14. Jahre (plena pubertas), z. B. bei vermachten Alimenten,[1] und bei der Adoption.[2]

3) Die dritte Altersperiode umfaßt die puberes minores XXV annis, Minderjährige, das Alter der noch nicht ausgebildeten Erfahrung und Charakterfestigkeit. Den Gegensatz bildet das Alter der Großjährigkeit, aetas legitima, 25 Jahr. Die rechtliche Stellung dieses Alters kann auch auf rein juristische Art erreicht werden, durch venia aetatis. Die Erfordernisse, ohne welche diese Concession nicht gelten soll, sind ebenso wie die Einschränkungen der Wirkung im Lehrbuch aufgeführt. Man könnte das Verhältniß etwa so ausdrücken: venia aetatis befreit von der Vormundschaft, aber nicht von der Obervormundschaft.[3]

Es kann ein Zweifel über die Anfangszeit der verliehenen Volljährigkeit entstehen. Die gewöhnliche Regel, daß rescripta gratiae vom Datum derselben in Kraft treten (§. 14.), läßt sich hier nicht anwenden, wegen des bedeutenden Einflusses auf die Rechtsverhältnisse, die ohne Kenntniß zu verändern bedenklich wäre. Für einen Punkt giebt es eine ausdrückliche Entscheidung: die in integrum restitutio verjährt erst von der Zeit, wo das Rescript insinuirt und die Verwaltung des Vermögens überlassen ist.[4] Ebenso bei andern Verjährungen, die während der Minderjährigkeit ruhen. Für die übrigen Fälle kommt es nicht auf die factische Ueberlassung des Vermögens an, wohl aber muß auch für sie das Erforderniß der Bekanntmachung an den Minor festgehalten werden, dies gilt von dem Ende der Vormundschaft, Verlust der beneficia minorum.

---

1) L. 14. §. 1. D. de alim. leg. (34, 1).

2) L. 40. §. 1. D. de adopt. (1, 7), §. 4. J. eod. (1, 11).

3) Vergl. L. 3. C. de his qui veniam (2, 45). Vergl. ferner L. 4. C. eod. Hätte z. B. der Testator jemandem etwas bis zur Volljährigkeit vermacht, in Rücksicht darauf, daß er sein Vermögen selbst nicht unter seiner Disposition hat, so würde nach Erlangung der venia aetatis das Vermächtniß nicht aufhören, weil hier Volljährigkeit so viel heißt als Befreiung von der Vormundschaft.

4) L. 5. C. de temp. in int. rest. (2, 53).

4) Von der erreichten Volljährigkeit bis zum Greisenalter tritt die Gleichheit der Personen ungehindert in Beziehung auf das Alter hervor. Erst die Zeit, wo jemand in das Greisenalter, senectus, eintritt, führt wieder Eigenthümlichkeiten mit sich, die indessen nicht so bedeutend sind wie jene. So Befreiung von der Uebernahme von Vormundschaften, von der Zeugnißpflicht, Möglichkeit einen Vormund zu erhalten. Für die erste Wirkung sind 70 Jahre festgesetzt, nicht so für die anderen; es ist unrichtig, überall eine Fixirung vorauszusetzen.

§. 24.

Ueber die körperliche und geistige Gesundheit s. das Lehrbuch.

Der Mangel an geistiger Bildung, der sich in der Behandlung rechtlicher Dinge zeigt, giebt zuweilen einen Anspruch auf Nachsicht z. B. hinsichtlich der Berufung auf Rechtsunkunde. Aber nicht jeder; einen tadelnswerthen zu begünstigen wäre Verkehrtheit. Es giebt Stände, deren natürliche Begleiterin jene Ungeschicklichkeit ist, weil sie ihre Angehörigen entweder überhaupt hindert, mit der Zeit aufs schnellste fortzuschreiten, vielmehr ein Festhalten am einfacheren Leben naturgemäß ist, oder sie dem rechtlichen Verkehr entzieht. Diese muß das Recht in einem gewissen Grad in Schutz nehmen. So der Stand der Bauern, der Soldatenstand.

Juristische Personen.

§. 25.

Der Begriff der Persönlichkeit ist über den Menschen hinaus erweitert worden. Darauf beruht die Eintheilung der Personen in natürliche und juristische.

Natürliche Personen sind diejenigen, bei welchen das Subject der Persönlichkeit ein natürliches, von dem Recht unabhängiges Dasein hat; dies sind die Menschen. Die rechtliche Theorie dieser natürlichen Personen gehört in Buch IV.

Juristische Personen sind diejenigen, bei denen das Subject ein juristischer Begriff ist, unsichtbare Personen (moralische, mystische), deren Unterlage kein natürliches Dasein hat, die also eine juristische Fiction sind (personae fictae).

Der Grund dieser Erscheinung ist folgender. Es giebt Fälle, wo einem Vermögen ein Zweck gegeben ist, mit dem es entweder nicht übereinstimmen, oder dessen Erreichung unsicher werden würde, wenn man einzelne natürliche Personen, eine oder mehrere, als berechtigtes Subject behandelte.

Darum ist geeignet befunden worden, ein Subject zu fingiren, eine von der natürlichen verschiedene Persönlichkeit aufzustellen. Dies kann der Fall sein

1) bei Gütern, die für einzelne Menschen und ihre Bedürfnisse als solche bestimmt sind (z. B. Wohlthätigkeit), so aber daß diese nicht irgendwie bestimmt sind, es sind personae incertae, die vielleicht gegenwärtig noch gar nicht existiren (z. B. die Armen). Hier ist es unmöglich, alle die natürlichen Personen, die jetzt und in alle Zukunft darauf Anspruch haben, als Berechtigte, Eigenthümer zu behandeln.

2) Bei Gütern, die gar nicht für Zwecke des Menschen als Einzelnen bestimmt sind, sondern für öffentliche und Corporationszwecke. Bei diesen würde, wenn man etwa die gegenwärtigen Glieder als Eigenthümer ꝛc. anerkennen wollte, der Bestimmung nicht entsprochen sein, theils weil auch hier die künftigen ignorirt würden, theils weil das Eigenthum der Einzelnen mit dem gemeinen Zweck in Widerspruch wäre, und dessen Erreichung gefährden würde.

In beiden Fällen wird nur durch jene Fiction, die den Einzelnen das Recht entzieht, dem Wesen der Sache und ihrer Natur entsprochen werden.

Die Rechtsfähigkeit dieser juristischen Personen ist nie eine so unumschränkte, als bei natürlichen Personen. Dies hängt 1) damit zusammen, daß, während die Rechte um der Menschen willen bestehen, hier umgekehrt die Person um der Rechte willen, um für diese ein Subject zu haben, existirt. An sich und abgesehen von besonderen Erweiterungen und Beschränkungen wird die Rechtsfähigkeit den Umfang haben, der durch den Zweck gegeben ist, um dessen willen die juristische Person angenommen wird. Daher ist 2) ihre Rechtsfähigkeit auf das reine Vermögensrecht beschränkt, kein Familienrecht. Die Familienverhältnisse setzen natürliche Personen voraus. Dahin gehören auch die mit Familienverhältnissen wesentlich zusammenhängenden Vermögensrechte; 3) können ihnen Rechte aus besondern Gründen entzogen

sein, so z. B. die Erbfähigkeit, soweit sie nicht gewissen Arten durch allgemeines Gesetz, oder einzelnen durch Concession besonders verliehen ist.

Ein Punkt, den das Recht bei diesen Personen besonders bestimmen mußte, ist die Möglichkeit von Handlungen. Diese kann nur durch Repräsentation hervorgebracht werden. Darin besteht die privatrechtliche Bedeutung der Verfassung einer juristischen Person, die Verfassung bestimmt ihre Repräsentation, s. noch unten §. 50 ff.

Die verschiedenen Arten juristischer Personen ordnen sich in zwei Classen. Das Subject der Persönlichkeit kann 1) ein Verein von natürlichen Personen sein, universitas personarum, Corporation; 2) ein Vermögen, universitas bonorum.

§. 26.

Zu den juristischen Personen der ersten Classe gehört vor allem der Staat selbst, als Subject eines Vermögens, fiscus. In dieser Eigenschaft tritt der Staat in Privatrechtsverhältnisse. Wenn die Regierung mit den Unterthanen Verträge schließt, ist es der Fiscus, der das Subject ist, ebenso wenn sie durch Handlungen ihrer Beamten verantwortlich wird.

Es giebt viele Privilegien des Fiscus. Diese sind oft als etwas gehässiges betrachtet worden; nicht ohne Grund, wenn bei der Verwaltung des Staatsvermögens nicht die gemeine Wohlfahrt das Princip ist. Man hat nicht selten von oben herab die Staatsgewalt als ein Werkzeug zur Beförderung von Einzelinteressen behandelt, und dadurch die unbürgerliche Ansicht von unten, als wenn diese Rechte ein Eingriff in die Rechtssphäre der Unterthanen wären, provocirt. Der rechte Zustand ist der eines lebendigen öffentlichen Interesses, in dem jeder Bürger eine Garantie des Staatsvermögens als sein eigenes Interesse erkennt.

Dies schließt natürlich nicht aus, daß die Bevorzugung des Fiscus gegenüber dem Privatvermögen eine gerechte Grenze haben muß, wie jede Besteuerung, denn auch jene Vorrechte sind eine solche.

Die in der Note e des Lehrbuchs abgedruckte interessante Stelle[1] ist immer von der herrschenden Ansicht so verstanden

1) L. 10. D. de iure fisci (49, 14): Non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit.

worden, daß in dubio contra fiscum zu sprechen sei. Einige haben es bezweifelt, non delinquere heiße: er begehe kein Delict, sei nicht strafwürdig. Wenn der Jurist es vielleicht auch in einem besondern Zusammenhang, der diesen Vorwurf beseitigt, gesagt hätte, wovon wir nichts wissen, z. B. gegenüber einem besondern Strafgesetz gegen den Begünstiger einer Benachtheiligung des Fiscus in seinen Ansprüchen, so hat die Stelle doch für uns nur einen allgemeinen Sinn und dieser wäre nach jener Meinung ein höchst trivialer.

Juristische Persönlichkeit haben, wie der Staat im Ganzen, so auch die in ihm enthaltenen engeren Corporationen, Gemeinden, respublicae. Sie unterscheiden sich von andern dadurch, daß sie keinen von dem des Staats verschiedenen Zweck haben, nur verfolgen sie als natürliche Bestandtheile des Staats diese Zwecke in beschränkten Kreisen. Im römischen Recht werden die Städte allein genannt, die Dörfer bildeten bloße Anhänge der Städte. Heutzutage giebt es selbstständige Dorfgemeinden; wenn diese auch in staatsrechtlicher Hinsicht gegen die städtischen zurückgesetzt sind, so stehen sie doch regelmäßig gleich in privatrechtlicher. Also auch auf sie sind die betreffenden Grundsätze des gemeinen Rechts von den Städten anzuwenden.

Es giebt Vereine, die zwar einen nicht mit dem Staatszweck identischen Zweck haben, die aber durch ihr Bestehen jenen unmittelbar oder mittelbar unterstützen. Auch solche kommen im römischen Recht als juristische Personen vor, theils mit besonderen Namen, theils unter den allgemeinen: collegia, corpora, societates publicae. So die Priestercollegien, Beamtenvereine, Gesellschaften zu Pachtungen von Staatsgütern; im heutigen Recht werden diesen Vereinen verglichen die Universitäten, sofern sie ein eigenthümliches Vermögen besitzen, ferner werden die Handwerkerzünfte, wo sie noch bestehen, ebenfalls allgemein als Subjecte einer juristischen Persönlichkeit betrachtet.

Neben diesen öffentlichen Körperschaften ist auch die Kirche, so wie sie im Staat recipirt ist, eine juristische Person, theils im Ganzen, theils in ihren Bestandtheilen, den Kirchengemeinden. Die Streitfrage, ob nicht bloß die letzteren, ist im Kirchenrecht zu erörtern. Sie entscheidet sich nämlich nach der Vorfrage des Verhältnisses der Kirche zum Staat. In der That würde man mit demselben Recht den Staat aus der Reihe der juristischen

Personen streichen und bloß die öffentlichen Gemeinden darin stehen lassen können.

Die Corporationseigenschaft kann noch andern Vereinen zukommen; aber dies ist als Ausnahme zu betrachten, und als Wirkung einer besondern Concession. Im allgemeinen Recht sind nur jene als juristische Personen begründet, s. noch §. 28.[2]

Aus der Corporationseigenschaft eines Vereins ergeben sich folgende Grundsätze, worin sich die Corporationen von bloßen Gesellschaften, societates privatae, unterscheiden:

1) Das Subject ist ein Verein natürlicher Personen, aber diese natürlichen Personen sind nur, in der Art wie die Verfassung es vorschreibt, die Repräsentanten der juristischen Person. Diese ist etwas von ihnen ganz verschiedenes und unabhängiges. Die juristische Person ist auch bei Veränderung aller Glieder unveränderlich dieselbe. Ihre Unterlage sind auch nicht die natürlichen Personen unmittelbar, sondern die Idee ihrer Vereinigung, die universitas, also etwas unsichtbares. Bei einer bloßen Gesellschaft existirt außer den natürlichen Personen kein Subject, sie schließt keine juristische Person ein.

2) Bei der bloßen Gesellschaft ohne Corporationsrechte erhalten die für die Gesellschaftszwecke bestimmten Güter kein besonderes Subject, ihr Subject sind die socii, die natürlichen Personen, so in Beziehung auf Eigenthum, Forderungen, Schulden. Wenn die Geschäfte unter einer Firma geführt werden, so ist vielmehr die Firma Repräsentantin der natürlichen Personen. Ganz anders bei der Corporation. Hier tritt bei der Frage nach dem Subject des Vermögens die natürliche Person ganz zurück, sie wird ganz ignorirt, das Subject ist allein die unsichtbare juristische Person.

Kein Glied ist theilweise Eigenthümer des Corporationsguts, oder Gläubiger oder Schuldner.[3] Daraus ergiebt sich, wie eine Theilung des Gemeinguts zu behandeln ist: als eine reine Veräußerung so gut wie wenn an Fremde, es ist ein vollkommener

---

2) (Daher ist z. B. bei Familienstiftungen in Bezug auf das Stammgut nicht die Familie als juristische Person zu betrachten, sondern das Eigenthum steht dem jeweiligen Besitzer zu, der nur durch die Successionsrechte der übrigen Familienglieder in seiner Disposition beschränkt ist. Pfeiffer, die Lehre v. d. jurist. Pers. 1827. S. 28. 29. A. d. H.).

3) S. L. 6. §. 1. D. de div. rer. (1,8), L. 1. §. 7. D. de quaest. (48,18), L. 2, 7. §. 1. D. quod cuiusvis univ. (3, 4).

Eigenthumswechsel. Hieraus folgt denn von selbst, wie es mit den Gütern bei der Aufhebung zu halten ist. Sie fallen nicht etwa an die Glieder, diese hatten kein Recht während der Dauer, und haben auch keines nach der Aufhebung. Die Güter sind herrenlos, sie fallen als solche an den Fiscus. [Wenn nicht der Staat (wie es häufig geschehen ist z. B. in Preußen bei Aufhebung der Handwerkerinnungen und Zünfte) gleich bei der Auflösung der Corporation die fraglichen Güter den letzten Mitgliedern der Corporation zugewiesen oder eine anderweitige Bestimmung über dieselben getroffen hat, z. B. Verwendung der Güter von säcularisirten Klöstern für die Schulen oder Unterrichtsanstalten]. S. noch unten in Buch IX. bei den bona vacantia §. 564.

Bei preußischen Juristen findet man eine seltsame Theorie, wonach unterschieden werden: moralische Personen und Corporationen, und jene Eigenschaft ohne diese vorhanden sein soll. Dies ist ganz ohne Halt.

§. 27.

Es kommen juristische Personen vor, deren Subject nur das Vermögen ist, um dessen willen und um ihm ein selbstständiges Dasein zu geben, jene Persönlichkeit fingirt wird. Ein solcher Fall ist die hereditas, in welcher die Person des Erblassers als juristische fortgedacht wird. Diese Theorie hängt mit dem Begriff des Erbrechts selbst aufs genaueste zusammen, und wird daher im Erbrecht §. 447. erörtert werden.

Der andere Fall ist der der milden Stiftungen, piae causae, pia corpora. Güter, die zu einem frommen oder gemeinnützigen Zweck bestimmt sind, können im Eigenthum einer andern, natürlichen oder juristischen Person, z. B. der Gemeinde, Kirche sich befinden, mit der Verpflichtung des Eigenthümers, sie zu jenem Zweck zu verwenden (modus). Der Stifter kann diesen Weg einschlagen, wenn er das Vertrauen zu einer solchen Person hat, daß sie ihr Eigenthum nicht zur Beeinträchtigung des Zwecks mißbrauchen werde. Es ist dies aber immer ein Umweg. Der directe Weg zum Ziel ist, solche Güter als ein selbstständiges Vermögen zu constituiren, das sein Subject in sich trägt, der Zweck, die pia causa ist Eigenthümer, also juristische Person. Diese Behandlung der Sache ist in unserm Recht angeordnet,

wenn eine solche Stiftung schlechthin gemacht worden ist, ohne eine bestehende Person zum Eigenthümer zu machen.[4]

Das berechtigte Subject also solcher Güter ist eine eigene juristische Person, nicht die Kirche, der Staat, die Gemeinde ꝛc. Damit verträgt sich sehr wohl eine Theilnahme dieser an der Verwaltung. Die Verwaltung kann ihnen möglicherweise ganz übertragen sein; auf jeden Fall, auch wenn der Stifter darüber besondere Anordnungen getroffen hat, hat bei kirchlichen Zwecken die Kirche nach ausdrücklicher Vorschrift des gemeinen Rechts eine Aufsicht und Controle, bei öffentlichen Zwecken ebenso der Staat und bei Stiftungen für Communalzwecke die Gemeinde.

Dieser Umstand hat einige neuere Juristen verleitet, die Existenz der milden Stiftungen als besonderer juristischer Personen zu leugnen,[5] ein Mißverständniß der Stellen, welche von einer Theilnahme an der Verwaltung sprechen (mit demselben Recht könnte man dem Bevormundeten das Eigenthum seiner Güter absprechen). Diese Theorie würde sehr gefährlich für diese Güter sein, und damit den Eifer der Stiftungen sehr abkühlen. Kirche und Staat haben selbst das Interesse, jedes Mittel der Sicherung dieser Güter zu gewähren, statt sich in das Eigenthum derselben einzudrängen. Die in der Praxis herrschende Ansicht anerkennt denn auch durchaus die Persönlichkeit der Stiftungen.

Von einigen unächten juristischen Personen (s. Note 2).

In den Compendien werden häufig die Aemter unter den juristischen Personen aufgezählt. Die natürlichen Personen, die das Amt neben oder nach einander bekleiden, sind nicht das Amt (ebenso wie die Glieder einer Gemeinde nicht die Gemeinde sind). Das Amt ist ein Begriff, aber nicht alle Begriffe sind juristische Personen. Man macht sich die Bedeutung jenes Prädikats gewöhnlich nicht klar. In der juristischen Person würde liegen, daß jedes Amt Eigenthum, Forderungen, Schulden haben könnte. Dies ist entschieden unrichtig, Subject von solchen Privatrechtsverhältnissen sind nur entweder die natürlichen Personen oder der Fiscus. Es kann ausnahmsweise mit manchen Aemtern die Bil-

---

4) S. L. 23. C. de ss. eccl. (1, 2), L. 24. 28. 35. 46. (ungloss.) 49. C. de epp. et cler. (1, 3), Nov. 131. c. 11. 15., Clem. 2. pr. de rel. dom. (3, 11)

5) Roßhirt, im Arch. für civ. Praxis X. 13. S. 321 ff. und Zeitschr. für Civ.- und Crim.-R. V. S. 239 ff.; Fritz, Erl. zu Wening-Ingenheims Lehrb. d. Civilrechts I. S. 153 f.

dung einer Corporation verbunden sein z. B. den Curien nach römischem Staatsrecht, den einzelnen Facultäten nach dem Recht mancher Universitäten. Aber hier ist es nicht das Amt schlechthin, das das Subject der Persönlichkeit ist. Jene Juristen behaupten in der That nicht, alle Aemter seien eigenthumsfähig ꝛc., mit andern Worten, indem sie die Aemter juristische Personen nennen, begehen sie weniger einen Sach- als einen Sprachfehler. Man will damit in Verbindung bringen die Verantwortlichkeit mehrerer collegialischer Beamten, aber dies hat eine ganz andere Quelle (so auch bei Vormündern), bei einer juristischen Person würde gerade der Einzelne nicht haften. Was dem Regenten vermacht ist, kann der Nachfolger fordern;[6] nicht, weil die successiven Regenten eine juristische Person bilden, sondern weil es die Intention des Testators war, der nicht das Individuum, sondern den Bekleider der Würde im Sinne hatte. Anders bei der Augusta,[7] weil hier die Intention des Individuums die allein annehmbare ist.

Sind aber nicht schon die römischen Juristen in jenen Irrthum verfallen? Eine Stelle[8] hat diese Meinung hervorgerufen. Vor Allem ist hier nur von den Municipalmagistraten die Rede. Aber noch mehr, es findet sich kein Wort von einer juristischen Person, der Ausdruck unius hominis vicem deutet gar nicht einmal darauf hin. Sie gelten in der Verwaltung ihres Amts als Einer, nicht als Mehrere, daher jeder vollständig befugt zu den Amtshandlungen ist, wie wenn er der Einzige wäre (wie auch die römischen Consuln). Also es ist keine collegialische Behörde. (Es wird also auch in dieser Beziehung das Gegentheil von dem gesagt, was man darin zu finden glaubt und mit der Stellung einer juristischen Person vergleichen könnte).

Kommen Sachen als juristische Personen vor? Heise hat die Grundstücke dafür gehalten wegen der Realservituten. Dies ist nichts als ein Versuch dieses Rechtsinstitut zu erklären, der an sich irrig ist. Das Subject des Rechts ist der Eigenthümer, daher zwischen zwei Grundstücken desselben Eigenthümers keine

6) L. 56. de leg. II. (31).
7) L. 57. de leg. II. (31).
8) L. 25. D. ad munic. (50, 1): magistratus municipales cum unum magistratum administrent, etiam unius hominis vicem obtinent, et hoc plerumque quidem lege municipali eis datur, verum etsi non sit datum, dummodo non denegatum, moribus competit.

Servitut möglich. Aber jene Auffassung ist zugleich eine moralische Unmöglichkeit.

Nur unsichtbare Dinge können als Personen fingirt werden, körperliche als des Menschen Gleichen aufzufassen wäre eine Rohheit, die nur bei Völkern möglich wäre, die Steine, Thiere ꝛc. als Götter anbeten.

Dies steht auch einer neueren Auffassung des Pfandrechts als Forderung gegen die verpfändete Sache entgegen. Nur eine Person kann Subject eines Rechtsverhältnisses, Schuldner sein. Also wären alle verpfändbaren Gegenstände Personen. Dies hieße das Recht in der That zur Fabel machen, in der Pferde, Schafe ꝛc. als Personen eingeführt werden. Personen wie Thiere zu behandeln, ist nicht schlimmer, als Thiere für Personen gelten zu lassen.

Von der Entstehung und Aufhebung der juristischen Personen.

§. 28.

Zur Entstehung einer Person muß zweierlei zusammentreffen, das Subject und die ihm Persönlichkeit beilegende Rechtsvorschrift. So bei den natürlichen Personen das Subject, das menschliche Individuum und der allgemeine Rechtssatz, daß die Menschen Personen sind. So auch bei der juristischen Person.

Bei Corporationen ist das Subject ein Personenverein, der constituirt sein muß. Vor Allem ist dazu erforderlich die Vereinigung einer Mehrheit von Personen, die diesen Willen haben und erklären. Nach dem heutigen öffentlichen Recht ist dazu eine Genehmigung von Seiten der Regierung erforderlich, außerdem ist der Verein ein unerlaubter (collegium illicitum), bei dem natürlich nie von Corporationsrechten die Rede sein kann. Mit einem Wort: der Verein muß überall ein rechtliches Dasein haben, damit von diesem speciellen rechtlichen Dasein als juristischer Person die Rede sein könne. Außerdem existirt gar nicht das Subject, mit dem diese Eigenschaft verknüpft sein könnte.

Bei den andern juristischen Personen ist das Subject ein gewisser Güterinbegriff. Das Subject entsteht bei der hereditas durch den Tod einer vermögensfähigen Person, bei den piae causae durch rechtsbeständige Stiftung zu einem solchen Zweck. Es ist also ein gültiges Rechtsgeschäft (inter vivos oder mortis

causa, im letzten Fall durch den Tod bekräftigt) und die Verfügung zu einem Zweck, der es zur milden Stiftung macht. Der Zweck muß ein frommer sein d. h., dessen Erreichung eine religiöse Pflicht, oder ein gemeinnütziger, dessen Beförderung eine Bürgerpflicht ist.

Diese Existenz des Subjects ist noch nicht hinreichend, z. B. es giebt Gesellschaften, die keine juristischen Personen, Stiftungen, die es ebenfalls nicht sind, so wenn eine andere Person zum Eigenthümer gemacht wird.

Die Rechtsvorschrift kann von doppelter Art sein 1) ein Rechtssatz, der unter jenen Voraussetzungen eine juristische Person anzunehmen vorschreibt, 2) eine specielle Concession für den einzelnen Fall. Viele Juristen haben die erste Möglichkeit ganz übersehen und ohne Weiteres eine Concession gefordert. Dies ist als ausschließliche Bestimmung entschieden unrichtig, aber es ist sogar falsch, es zur naturgemäßen Regel zu machen. Das Verhältniß von Regel und Ausnahme ist gerade umgekehrt.

So wie überhaupt die Rechte sich regelmäßig aus Rechtssätzen ableiten und nur ausnahmsweise aus Concessionen, so auch die Persönlichkeit. Bei natürlichen Personen bezweifelt dies niemand, ebenso bei der hereditas, ebenso, um vom Staat zu schweigen, bei Gemeinden, bei der Kirche und den Kirchengemeinden; so wie diese Vereine eine anerkannte rechtliche Existenz haben, haben sie auch kraft Rechtssatzes juristische Persönlichkeit.

Bestritten hat man es in Beziehung auf die milden Stiftungen.[1] Für die Nothwendigkeit einer besondern Concession hat man nur anzuführen vermocht, daß das geschriebene Recht nicht das Gegentheil sagt. Dadurch stellt man sich von vorn herein auf einen falschen Standpunkt.

Die Entstehung durch einen Rechtssatz muß als die regelmäßige und zu vermuthende betrachtet werden. Eine Ausnahme ist nur gerechtfertigt, wenn sich die Bedingungen der juristischen Persönlichkeit nicht mit Sicherheit durchgreifend bestimmen, oder wenn gewisse Subjecte nur aus ganz besondern individuellen Rücksichten so ausgezeichnet werden sollen. Dies ist hier nicht der Fall, die Bedingung: Güter zu einem frommen oder gemein-

---

1) S. z. B. Mühlenbruch, Rechtl. Beurth. des Städelschen Beerbungsfalles, 1828. und in Glücks Comm. XL. §. 1438b.

nützigen Zweck hat keine Schwierigkeit, die Beurtheilung ihrer Existenz kann im Fall eines Streits darüber ohne weiteres dem Richter überlassen werden. Ferner spricht das geschriebene Recht es als Grundsatz aus, daß piae causae juristische Personen sind, keineswegs, daß dies nur bei gewissen als ein besonderer Gnadenact ausnahmsweise gestattet werden soll. Es ist endlich gar kein sonstiger Grund, Stiftungen zu beschränken und etwa zu verhüten, daß sie allzusehr sich anhäufen. Das geschriebene Recht behandelt sie denn auch durchaus als etwas zu Begünstigendes.

Die Meinung ist also durchaus ungegründet, sie ist nur aus einer Unart der neueren Zeit entstanden, die Staatsgewalt in Alles sich mischen zu lassen, und die freie rechtliche Bewegung soviel als möglich zu hemmen.

Einige haben eine obrigkeitliche Confirmation gefordert, und dies dann mit jener Concession verwechselt. Wäre jene erforderlich, so würde sie ein Erforderniß der rechtsbeständigen Stiftung sein, und dennoch der Satz wahr bleiben, daß mit dieser rechtlichen Existenz des Subjects die Persönlichkeit durch allgemeine Rechtsvorschrift entstehe. Aber auch jenes Erforderniß ist gemeinrechtlich nicht begründet. Ein Anderes ist natürlich, daß das Geschäft ein solches sein kann, welches gerichtliche Mitwirkung fordert (aber nicht in der Rücksicht, daß eine juristische Person entstehen soll), z. B. Schenkung über 500 solidi.

Es giebt aber allerdings Fälle, wo eine Concession der Persönlichkeit nothwendig ist. Dies ist der Fall, wenn eine Gesellschaft, die nicht zu den öffentlichen Anstalten gehört, für die öffentlichen Zwecke nicht nothwendig ist, Corporationsrechte erhalten soll. Diese Concession der Persönlichkeit liegt nicht schon in der Erlaubniß, zu bestehen. Beides wird denn auch von verschiedenen Ressorts ausgehen, diese von der Polizeibehörde, jene von der gesetzgebenden.

Die Aufhebung der juristischen Person kann geschehen durch eine Verfügung des Staats, der dann zugleich über das Vermögen verfügt, natürlich unbeschadet der Rechte Anderer (namentlich der Gläubiger). Zu diesen Berechtigten gehören aber keineswegs die Glieder als solche. Die Aufhebung ist kein Act der Willkühr, auch bei denen nicht, die durch Concession es geworden sind. Die den Staat berechtigenden Gründe sind durch das Staatsrecht zu geben.

Die pia causa geht unter durch den gänzlichen Untergang der Güter, die ihre Grundlage ausmachen; eine Corporation dagegen nicht durch das Aussterben oder Ausscheiden aller Glieder, der Begriff einer Corporation begreift nicht bloß die gegenwärtigen, sondern auch künftige Glieder. So lange also nur noch die Möglichkeit der Erneuerung durch neue Glieder bleibt, ist auch die juristische Person nicht untergegangen. Daher schreibt das römische Recht ausdrücklich vor, auch bei Reduction auf Ein Glied bestehe die Corporation fort; auch dies wäre nicht möglich, wenn die ununterbrochene Fortdauer der Unterlage, des Personenvereins nöthig wäre. Noch weniger ist eine Auflösung einer Corporation durch willkührlichen Beschluß der Glieder möglich, auch wenn man diesen Beschluß als Willen der juristischen Person ansehen könnte (obwohl diese Fiction sich nicht auf die Vernichtung erstreckt), so könnte dies so wenig Kraft haben, als der erklärte Wille einer natürlichen Person, nicht mehr Person zu sein.

Zweites Kapitel.

Der Inhalt der Rechte.

Rechtsverhältnisse und Rechte.

§. 29.

Die Rechtsverhältnisse sind Beziehungen der Personen zu einander. Sie sind einer unendlichen Mannigfaltigkeit und Verwickelung fähig, die durch die rechtliche Beurtheilung auf ihren wesentlichen Inhalt zurückgeführt und so gelöst werden soll. Worin besteht jener für die richterliche Beurtheilung wesentliche Inhalt? Durch die Rechtsverhältnisse tritt die Persönlichkeit in Wirkung, sie enthalten die Wirksamkeit der Personen als solcher. Person ist Subject des Willens als Macht, ihre Thätigkeit ist eine solche, wobei der Wille doch nicht aus seiner Potentialität herausgeht. Diese Thätigkeit ist die Unterwerfung eines Gegenstandes, deren Resultat eine Herrschaft, Macht über den Gegenstand ist. Die Wirksamkeit der Personen als solcher also ist, berechtigt zu werden (daher eben die Persönlichkeit Möglichkeit berechtigt zu werden, Rechtsfähigkeit), und diese Berechtigung ist zugleich der wesent-

liche Inhalt und Kern der Rechtsverhältnisse. Jedes Rechtsverhältniß besteht aus einseitigen oder gegenseitigen Berechtigungen. Die Aufgabe der richterlichen Beurtheilung ist, in einem Rechtsverhältniß die Berechtigung aufzufinden, zu bestimmen oder zu begränzen, und in ihrer Wirkung festzustellen.

Die Berechtigungen selbst aber haben einen Mittelpunkt, von dem sie ausgehen, ein Ganzes, von dem sie Bestandtheile sind, und durch das sie bestimmt werden. Diese Quellen der Berechtigungen sind die Rechte. Ein Recht ist die Macht über einen Gegenstand, der dem Willen des Berechtigten unterworfen ist. Jedes Recht besteht sodann aus einer Anzahl von Berechtigungen oder Befugnissen, die erst dadurch ihre Bestimmtheit erhalten, daß wir wissen, aus welchem Recht sie fließen, z. B. die Befugniß, eine Sache zu benutzen, kann aus dem Eigenthum stammen, oder aus einer Servitut, oder aus einer Obligatio, in allen diesen Fällen wird sie verschiedenartig sein. Wenn daher ein Rechtsverhältniß vorliegt, worin wir eine Berechtigung zur Benutzung als einer der in dem Verhältniß stehenden Personen zuständig finden, so müssen wir noch einen Schritt weiter gehen, und auch das Recht dieser Person bestimmen, aus dem sich jene Befugniß ableitet.

So sind also der letzte Inhalt und Kern der rechtlichen Beziehungen der Personen die Rechte, die ihnen zustehen. Die Aufgabe ist nun, die verschiedene Natur der Rechte kennen zu lernen.

Begründung der Rechte.

§. 30.

Recht einer Person ist die rechtliche, d. h. durch das Recht, den allgemeinen Willen, anerkannte Macht über einen Gegenstand. Das Recht als Vorschrift ist die Quelle der Rechte, die uns zustehen, der Grund der Rechte.

Darin besteht das Erforderniß jedes Rechts, daß es durch eine Rechtsvorschrift begründet, dieser gemäß sei. Darin liegt dreierlei 1) daß das Recht (die Vorschrift) überhaupt die Möglichkeit eines solchen Rechts anerkenne, so z. B. anerkennt das Recht kein Eigenthum an einer Person, ferner keine Herrschaft über einen Menschen, welche dessen Freiheit aufhebt (keine Sclaverei); 2) daß die Person auf die den Rechtsvorschriften gemäße

Art das Recht erworben habe; 3) die Anerkennung des Rechts durch den allgemeinen Willen muß von der Beschaffenheit sein, daß derselbe gegen Verletzung einen (sei es übrigens vollkommeneren oder unvollkommeneren) Schutz ertheile.

Die Rechtsvorschrift, auf welche die Rechte sich gründen, ist regelmäßig ein Rechtssatz, sei es ius commune oder singulare. Im letzten Fall heißt sie privilegium, Rechtswohlthat.

Die eigenthümlichen Grundsätze über diese Rechtswohlthaten s. im Lehrbuch. Die nähere Anwendung wird bei den einzelnen vorkommen, z. B. in integrum restitutio, Pfandprivilegium, Forderungsprivilegium.

§. 31.

Die Rechtsvorschrift, welche ein Recht begründet, kann ausnahmsweise eine constitutio personalis sein, privilegium in einem besonderen Sinn des Worts. Durch diesen Grund unterscheidet es sich von dem ius singulare; durch die Eigenschaft, ein Recht zu geben, ist es unterschieden von Dispensation, Entbindung von einem Rechtssatz für einen einzelnen Fall z. B. das ius commune schreibt für gewisse Geschäfte eine gewisse Form vor. A, der im Fall ist, ein solches zu schließen, wird von der Vorschrift entbunden für diesen Fall, Dispensation; für alle Fälle, die ihm vorkommen, Privilegium; ein Stand wird von jener Vorschrift befreit, ius singulare.

Die rechtliche Beurtheilung dieser Privilegien bestimmt sich

1) durch die besondere Beschaffenheit des Rechts, das sie enthalten: Recht an Sachen, Forderungen, Befreiung. Im Allgemeinen sind zu unterscheiden priv. affirmativa und negativa. Eine besondere Art sind die exclusiva. Die Praktiker wollten häufig die Analogie der Servituten allgemein anwenden und nannten daher die Klage actio confessoria. Dies ist jedoch ganz unpassend und undurchführbar.

2) Durch den besondern Einfluß, den ihre Gründung auf eine constitutio personalis hat. Dies ist es, was allen Privilegien gemein ist. Die Folgerungen daraus bilden die allgemeine Lehre von Privilegien, welche hier darzustellen ist.

Diese allgemeinen Grundsätze betreffen die Erwerbung und den Verlust.

Der Erwerb geschieht durch Concession des Regenten. Unrichtig ist die Eintheilung in privilegia conventionalia und non

conventionalia. Die Entstehung ist immer ein einseitiger Act. Annahme ist nöthig, aber sie ist nicht der Grund der Erwerbung (wie bei Vermächtnissen). Der Grund ist: Verträge sind nur möglich zwischen in Beziehung auf den Gegenstand derselben gleichstehenden Personen. Zwischen Regenten und Unterthanen über Privatrechte nur insofern jener als Privatus gedacht wird. Als solcher kann er aber bei der Ertheilung eines Privilegiums nicht gedacht werden. Manche haben jene Eintheilung mit der in privilegia onerosa und gratuita verwechselt. — Dieser Entstehung durch Concession hat die Praxis die unvordenkliche Zeit hinzugefügt, bestätigt durch die canonischen und deutschen Rechtssätze Note n.[1] Die unvordenkliche Zeit ersetzt den Titel s. unten §. 77.

Dies ist die ursprüngliche Erwerbung; giebt es auch eine Succession in Privilegien? Es gehört zum Begriff eines Privilegiums, daß es einem Individuum verliehen ist, über das es nicht hinausgeht. Daher ist eine eigentliche Succession nicht denkbar. Dies ist augenscheinlich bei persönlichen Privilegien, sie sind weder veräußerlich noch vererblich. Aber es gilt in der That auch von Realprivilegien. [Z. B. Steuerfreiheit, die einem Grundstück ertheilt ist]. Sie sind geknüpft an eine Sache, dem Eigenthümer zuständig. Jeder Eigenthümer hat das Privilegium, aber dies ist kein Wechsel der Berechtigten, die eigentliche Succession wäre Uebergang auf eine andere Sache, dies ist nicht möglich.

Ob das Privilegium onerosum oder gratuitum ist, macht in dieser Hinsicht keinen Unterschied. Ein Irrthum ist es, daß bei jenem die Vermuthung für eine Uebergangsmöglichkeit oder daß es Realprivilegium sei spreche.

Aufgehoben werden kann ein Privilegium nach Art der Classe von Rechten, zu der es gehört. Die Endigungsarten der dinglichen &c. Rechte sind auch auf den Fall zu beziehen, wenn ein solches Recht durch Concession gegeben ist.

Aber es giebt Endigungsarten, die den Privilegien gemeinschaftlich sind, weil sie mit ihrer Entstehung zusammenhängen: Widerruf des Ertheilers. Die gewöhnliche Theorie ist: conventionelle können nur aus Gründen des öffentlichen Wohls, nicht

---

1) c. 26. X. de V. S. (5, 40), c. 1. de praescr. in VI. (2, 13), R. A. 1548. §. 56., R. A. 1576. §. 105.

conventionelle willkührlich widerrufen werden. Die richtige Ansicht ist: Die Privilegien sind Ausflüsse der gesetzgebenden Gewalt, doch können sie nicht widerrufen werden wie Gesetze, weil sie iura quaesita sind, deren Widerruf auch nicht in der Aufhebung der Gesetze liegt. Also ist ein Widerruf nur ex iusta causa möglich; solche iustae causae sind: prekäre Verleihung, Staatswohl, Mißbrauch, aus dem letzten Grunde kann der Widerruf auch durch den Richter erfolgen, doch fordert die Praxis vorherige Verwarnung.

Häufig wird auch Nichtgebrauch als allgemeiner Aufhebungsgrund behandelt. Dabei hat man verschiedene Meinungen, namentlich die: daß zwar die affirmativen nicht so endigten, wohl aber die negativen, eine Unterscheidung, die ganz willkührlich ist; ferner verschiedene Ansichten über die Zeit des Nichtgebrauchs, indem Einige 10, Andere 20 Jahre fordern. Sollte diese Ansicht über Aufhebung der Privilegien durch Nichtgebrauch überhaupt richtig sein, so müßte sie aus der Entstehung durch Concession folgen, zwischen beiden besteht aber gar kein Zusammenhang. Der Nichtgebrauch ist nur ein Endigungsgrund, wo das Recht, auch ohne Privilegium zu sein, ihm unterworfen wäre, z. B. Servitut, Zehntfreiheit; letzteres ist im canonischen Recht entschieden.[2] Auch das Privilegium unterliegt dieser Endigung, nicht aber ist sie für das Privilegium als solches zu behaupten, wenn das Recht sonst davon befreit ist. Noch einen besondern Fall im R. R., die Jahrmarktsgerechtigkeit, ius nundinarum, welches durch non usus von 10 Jahren erlöschen soll, s. Note o des Lehrbuchs.

Verschiedener Inhalt der Rechte.

§. 32.

Die Rechte, die uns zustehen können, sind von sehr mannigfaltigem Inhalt. Dieser Mannigfaltigkeit liegt eine Einheit zu Grunde, es giebt ein System der Rechte, welches uns in den Stand setzt, jede Befugniß auf ihren wahren Gehalt zurückzuführen.

Ein Recht ist die Unterwerfung eines Gegenstandes unter den Willen der Person. Die Unterwerfung hat einen verschiedenen

2) c. 6. 15. X. de privil. (5, 33).

Gehalt 1) durch die Verschiedenheit des Gegenstandes, 2) durch die verschiedene Stellung der Person. Zuerst von der letzteren.

Verschiedenheit der Rechte nach der Stellung der Personen.

§. 33.

Die Rechte haben einen verschiedenen Inhalt, jenachdem sie dem Menschen 1) als Einzelnem, oder 2) als Glied einer organischen Verbindung zukommen. Das erste ist der Fall bei den Vermögensrechten, das zweite bei den Familienrechten, den öffentlichen und den kirchlichen Rechten. Vermögensrechte und Familienrechte sind Privatrechte gegenüber den beiden andern Classen. So zerfallen auch die Rechtssätze in drei Classen: Privatrecht, öffentliches Recht, Kirchenrecht. Das Privatrecht ist theils Vermögensrecht, theils Familienrecht.

Bei den Römern begreift ius publicum auch das ius sacrum; dies ist [weil die Religion bei ihnen nur Dienerin des Staats war] für sie eben so richtig, als es für uns falsch ist.

Ius publicum hat verschiedene Bedeutungen: 1) öffentliches Recht, 2) das allen Bürgern gemeinschaftliche, so auch Privatrechte, die im gemeinen Gebrauch aller Bürger, in publico usu sind, was von manchem Staatseigenthum gilt (s. unten), 3) das Recht überhaupt, sofern es allgemeiner Wille ist, im Gegensatz zu den Rechten als Befugnisse, 4) der Theil des Rechts, auf den die Willkühr der Einzelnen keinen Einfluß hat, z. B. testamentifactio publici iuris est.

Vermögensrecht.

§. 34.

Vermögen ist der Inbegriff der Rechte, als deren Subject wir den Menschen als Einzelnen gegenüber andern Einzelnen denken können. Es sind die Rechte, welche eine Herrschaft über die Dinge der äußern Natur, Sachen, enthalten, oder sie vermitteln sollen. Daher ist das Eigenthum ein Vermögensrecht, aber ebenso auch die Obligatio. Jedes Vermögensrecht findet sein Werthäquivalent in einer Sache, und ebenso daher auch das Vermögen überhaupt.

Es ist zu unterscheiden, eine natürliche und eine juristische Bedeutung von Vermögen, bona.

1) Im natürlichen Sinn ist es der Inbegriff der auf Sachen sich (unmittelbar oder mittelbar) beziehenden Rechte. Es wird vermindert durch Veräußerungen, aber ebenso auch schon durch Verpflichtungen. Was jemand schuldet, das ist dem Erfolg nach und auf den Werth gesehen, schon ein Minus seines Vermögens. Nur was nach Abzug der Schulden übrig bleibt, nennen wir Vermögen im natürlichen Sinne.[1] Wer also z. B. ein Rittergut von 100000 an Werth hat, aber 100000 Schulden, hat kein Vermögen in diesem natürlichen Sinn.

2) Im juristischen Sinn ist es der Inbegriff der Rechte an Sachen, Forderungen und Schulden, das Vermögen ist nicht bloß actives, sondern auch passives. In diesem Sinn hat also auch der ein Vermögen, der mehr Schulden als Activa hat.

Woher kommt diese Bedeutung, die unnatürlich scheint. Weil unter Vermögen im rein juristischen Sinn die Wirksamkeit der Person in vermögensrechtlicher Hinsicht verstanden wird, die vermögensrechtliche Existenz der Person. Diese Bedeutung tritt daher überall ein, wo das Vermögen als eine universitas genommen wird, also mit seinem Subject, so z. B. bei der Erbfolge, Uebergang der vermögensrechtlichen Persönlichkeit s. Note c. Auch eine überschuldete Erbschaft ist eine Erbschaft. Wo dies nicht der Fall ist, tritt jene natürliche Bedeutung ein, z. B. bei einem Vertrag, wodurch ich jemanden mein ganzes Vermögen verspreche, so bei der donatio omnium bonorum, Dosbestellung. Dies bewirkt keine Universalsuccession, daher ist das active Vermögen allein zu verstehen, also was nach Abzug der Schulden übrig bleibt.

Die Grundlage des Vermögens ist die Sache, daher in den folgenden §§. die allgemeine Theorie von den Sachen.

Von den Sachen und ihren Eigenschaften.

§. 35.

Das erste Moment in dem Begriff der Sache ist die Körperlichkeit. Eine falsche Eintheilung ist die in körperliche und un-

---

1) L. 39. §. 1. D. de V. S. (50, 16): bona intelliguntur cuiusque quae deducto aere alieno supersunt.

körperliche Sachen. Diese Eintheilung, Mutter von sehr erheblichen Irrthümern, wurde veranlaßt durch die Eintheilung in res corporales und incorporales.[1] Aber hier heißt res nicht Sache, sondern Ding, Gegenstand. Die Römer verstehen unter res incorporales die Rechte außer dem Eigenthum, insbesondere die eine Vindication zur Folge haben: Servituten, Erbrecht (dort ist die Sache, hier das Recht Gegenstand der Vindication). In der That giebt es eine Ausnahme von jenem Erforderniß des Körperlichen, unkörperliche Sachen, fingirte Sachen. Es kommt vor, daß eine Gesammtheit von Sachen als Eine Sache behandelt wird. Zwei Fälle sind möglich, 1) mehrere Sachen bilden ein körperliches Ganzes (Haus, Maschine, Schiff), dies enthält keine Ausdehnung des natürlichen Begriffs der Sache, 2) mehrere Sachen bilden durch die gemeinsame Bestimmung, die ihnen gegeben ist, ein unsichtbares Ganze, die Verbindung ist nicht wie dort eine körperliche, sondern bloß eine gedachte, z. B. Heerde, Bibliothek, Waarenlager. Dies ist jene fingirte, ideelle Sache, welche vorzugsweise universitas rerum genannt wird. Die wesentlichen Eigenschaften und Voraussetzungen sind folgende:

1) eine Mehrheit von Sachen, also körperliche Gegenstände. Die irrige Eintheilung in körperliche und unkörperliche Sachen hat veranlaßt, Gesammtheiten von Rechten, Güterinbegriffe herbeizuziehen, die man universitas iuris (Erbschaft, Peculium, Dos), die wahre universitas rerum: universitas facti s. hominis (weil auf willkührlicher Bestimmung beruhend) genannt hat.[2] Jene universitates iuris gehören gar nicht in diesen Zusammenhang. Man hat aber mit diesem zunächst doctrinellen Fehler noch einen praktischen Irrthum verbunden. Der praktische Unterschied solle in der Regel res succedit in locum pretii et pretium in locum rei bestehen. An einem andern Ort wird zu zeigen sein, daß diese Regel auch für die s. g. universitas iuris falsch ist.[3]

---

1) Inst. II, 2. de rebus corporalibus et incorporalibus., L. 1. §. 1. D. de div. rer. (1, 8).

2) (Nach dem Vorgang der Glosse zu L. 1. §. 8. D. quando de pec. (15, 2): peculium est universitas incorporea et iuris, in qua actiones continentur: sed illud est verum de corpore aliquo vel corporea universitate ut equitio. A. d. H.).

3) (Nämlich sofern damit gesagt sein soll, daß Jemand darum Eigenthümer einer Sache werde, weil sie mit seinem Gelde angeschafft ist s. §. 149. und Beil. XVI. Dagegen liegt es in der Natur des Besitzes eines Vermögens, daß dieser durch Umsatz einzelner Vermögensbestandtheile in Geld und umgekehrt

2) Eine Mehrheit von äußerlich selbstständigen Sachen, die nicht ein körperliches Ganzes bilden. Ein Irrthum ist es, wenn Warnkönig[4] meint, die Verbindung sei nichts juristisches, sondern natürlich und durch den äußern Sinn wahrnehmbar. Eine seltsame Einbildung und Verwechslung des Ganzen mit allen Theilen.

3) Verbindung durch eine gemeinsame, ihr Dasein afficirende Bestimmung, die den Sachen gegeben ist (nicht z. B. alle Sachen, die sich in einem Hause befinden).

4) Ein juristischer Nexus; wenn z. B. mehrere Eigenthümer ihr Vieh durch einen Hirten weiden lassen, so ist diese Heerde keine universitas im juristischen Sinn.

5) Selbstständiges Bestehen der universitas, sie darf nicht bloß für eine andere Sache bestimmt sein, als Theil derselben wie z. B. Ausrüstung eines Schiffs, instrumentum fundi.

6) Die universitas wird als Sache behandelt, indem sie Gegenstand von Rechten sein kann; es giebt Eigenthum, Pfandrecht, Niesbrauch an der Heerde. Die Veränderung der Stücke verändert nicht das Recht an dem Ganzen. Die Eigenschaft der Stücke als Sachen hört dadurch nicht auf, neben dem Eigenthum rc. an dem Ganzen auch ein Eigenthum rc. an den einzelnen Sachen. Es ist ein Mißverständniß von v. Vangerow,[5] daß wo das Ganze Gegenstand eines Rechtsverhältnisses sei, die einzelnen Stücke gar nicht in Betracht kämen.

7) Jene Geltung der universitas als Sache ist nicht durchgängig, namentlich nicht bei der Besitzfrage, hier überwiegt der natürliche Zustand.

Das zweite Moment in dem Begriff der Sache ist die unbedingte Hingabe unter die menschliche Herrschaft. Sache ist das, was keinen andern Beruf hat, als dem menschlichen Willen un-

---

nicht aufhört. In diesem Sinne gilt die Regel res succedit in locum pretii et pretium in locum rei nicht nur für die hereditas L. 22. D. de H. P. (5, 3), sondern auch für das peculium castrense und zwar auch außer der Beerbung L. 1. C. de castr. pec. (12, 37). Indeß selbst dieser Satz ist nicht auf universitates iuris und Universalklagen beschränkt s. z. B. L. 5. §. 14. D. de trib. act. (14, 4), L. 18. D. quod metus (4, 2), L. 7. §. 3. L. 28. §. 3. 4. D. de don. int. vir. et ux. (24, 1). — Die alte Regel surrogatum sapit naturam eius, in cuius locum surrogatum est ist in dieser Allgemeinheit ganz falsch L. 48. §. 7. D. de furt. (47, 2). A. d. H.).

4) Archiv für civ. Praxis XI. 9. S. 179.

5) Leitfaden für Pandektenvorlesungen, Bd. I. S. 91.

terworfen zu sein. Keine Modification des Begriffs ist es, daß es actuell herrenlose Sachen giebt, wenn dies nicht eine rechtliche Nothwendigkeit ist.

Aber es giebt Sachen, die weder actuell noch potentiell dem Eigenthum bestimmt sind. Die Unmöglichkeit des Eigenthums kann ihren Grund in der Person haben, non habet commercium huius rei, oder in der Sache, res quarum commercium non est. Diese letzteren Fälle bilden die Modification jenes Begriffs der Sache. Solche Sachen sind nothwendig nullius in bonis.

Ganz absolut gilt dies von den res divini iuris [den res religiosae und sacrae, die in Keines Eigenthum stehen, auch nicht der Kirche]. Dieser Grundsatz ist auch von der katholischen Kirche recipirt, von der evangelischen verworfen [indem nach evangelischem Kirchenrecht auch diese Sachen, wie die übrigen res ecclesiae, im Eigenthum der Kirchen stehen].

Die absolute Ausschließung des Eigenthums haben mit ihnen gemein die res omnium communes, diese Bestimmung schließt jedes ausschließliche Recht aus. Aber nur von dem Ganzen gilt dies, eine Ausscheidung einzelner Theile ist dadurch nicht ausgeschlossen, soweit sie nicht durch besonderes Verbot untersagt ist. So Bau auf dem Meeresufer und in das Meer hinein. Das Eigenthum dauert aber nur so lange, als die Ausscheidung.

Außerdem giebt es noch Sachen, bei denen eine relative Unfähigkeit besteht, nämlich deren Commercium den einzelnen Privatleuten entzogen ist. Dahin gehören manche Sachen, die im Eigenthum des Staats oder einer Gemeinde sich befinden, res publicae; nicht die in pecunia populi s. universitatis befindlichen, welche zu dem Vermögen gehören, aus dem die öffentlichen Bedürfnisse bestritten werden: durch ius singulare kann die Möglichkeit für Privatleute Eigenthum daran zu erwerben, erschwert sein (z. B. Staatseigenthum ist der ordentlichen Usucapion entzogen), aber unmöglich ist es nicht; wohl aber die res quae in publico usu habentur, öffentliche Plätze, Land- und Wasserstraßen, öffentliche Gebäude im gemeinen Gebrauch. Diese können unter keiner Bedingung ins Eigenthum der Einzelnen kommen. Nicht der publicus usus allein bewirkt dies, auch Privateigenthum giebt es mit gleichem Onus, z. B. öffentliche Durchgänge, ferner das Ufer des öffentlichen Flusses, soweit der Gebrauch des letzteren einen Gebrauch des ersteren fordert.

Eine besondere Art von res publicae sind noch ausgezeichnet, die Stadtmauern und Stadtthore, als res sanctae, den res divini iuris verglichen durch besondere Verpönung jeder Verletzung, den res publicae in publico usu durch Unmöglichkeit des Privateigenthums.

Im römischen Recht giebt es eine Reihe von Klagen, wodurch die dem Eigenthum entzogenen Sachen gegen Verletzung geschützt werden sollen, auch die Berechtigung zum Gebrauch derselben aufrecht erhalten werden kann. Sie sind zusammengestellt in §. 35 a. des Lehrbuchs. [Diese Klagen sind auch jetzt noch nicht antiquirt, obwohl sie im heutigen Staate überflüssig geworden sind].

Wir kehren wieder zurück zu den der rechtlichen Herrschaft unterworfenen Sachen, und betrachten die Eigenschaften, die auf ihre rechtliche Behandlung einen Einfluß haben. Es sind theils natürliche Eigenschaften, welche diese Wirkung haben, theils juristische.

§. 36.

Eine Verschiedenheit der rechtlichen Behandlung tritt vor allem ein bei beweglichen und bei unbeweglichen Sachen. Bewegliche, die ohne Wesensveränderung einer Ortsveränderung fähig sind. Unbewegliche Sache ist der Erdboden mit seinen natürlichen aber auch seinen künstlichen Bestandtheilen, sofern sie in einem wesentlichen Zusammenhang mit ihm stehen, wie Pflanzen, Gebäude. Die Eintheilung in praedia rustica und urbana wird regelmäßig im Recht nicht in ihrer einfach natürlichen Bedeutung (nach dem Ort), sondern nach der Art und Beschaffenheit verstanden. Jedes Haus ist ein Grundstück städtischer Art, praedium urbanum. Aber insofern es Bestandtheil eines Landguts ist, den Ackerbauinteressen dient, und als solcher genommen wird, gehört es zu den praedia rustica. Ebenso ist ein Platz ohne Gebäude, der also der ländlichen Benutzung fähig ist, praedium rusticum, aber er kann zu einem praedium urbanum als Accession gehören, wenn er lediglich städtischen Bedürfnissen dient, und in diesem Zusammenhang zur Sprache kommt.

Die unbeweglichen Sachen sind vor den beweglichen ausgezeichnet durch ihre individuelle Dauer. Aber auch den meisten beweglichen Sachen kommt eine solche Dauerbarkeit in einem ge-

wissen Grad zu. Einige besitzen diese Eigenschaft nicht, und dies hat Einfluß bei den Rechtsverhältnissen, bei denen dies zum Hinderniß wird [die eine Dauerbarkeit der Sache voraussetzen (Nießbrauch) und daher bei ihnen nicht eigentlich Statt finden können (Quasiususfructus)]. Dies sind die Consumtibilien, deren gewöhnlicher Gebrauch in natürlicher oder juristischer Consumtion besteht, s. Lehrbuch.

Noch wichtiger ist die individuelle Bedeutung. Alle Sachen können in Rechtsverhältnissen vorkommen als Gattungen oder als Individuen. Beim Eigenthum immer in der letzten Eigenschaft, bei Forderungen in der zweiten: dies Grundstück, diese Geldstücke, oder in der ersten: ein Grundstück von so großem Umfang, eine gewisse Quantität Geldstücke.

Bei den meisten Sachen sind die Individuen (species), die zu derselben Gattung (genus) gehören, in ihrem Werth sehr verschieden. Daher sind die Individuen nicht gleichgültig, nicht eines das andere vertretend, weshalb eine Forderung auf das Geben solcher Sachen, wenn das Individuum nicht bestimmt ist, auf einen unbestimmten Werth geht, ein incertum zum Gegenstand hat (obwohl noch immer einen Werth, wenn nicht das Genus so weit ist, daß ganz werthlose Species darunter fallen „summum genus").

Aber es giebt eine Classe von Sachen, bei denen die Individuen gleicher Beschaffenheit und Werthes sind, so daß eines das andere vertritt; der Werth bestimmt sich bei ihnen nach der Gattung und Quantität. Daher bedarf es nur der vollkommenen Bestimmtheit dieser, damit die Forderung auf sie eine certa sei. Ferner sie kommen bloß maaßweise zur Sprache, pondere, numero, mensura consistunt (nicht Sachen, die selbst gemessen werden, z. B. Grundstücke, sondern deren Gattung und Quantität Gegenstand des Maaßes ist). Bei diesen Sachen ist tantundem = idem, sie können in ihrer Gattung so vollkommen wiedererstattet werden, wie bei der Rückgabe derselben Individuen. So Geld, Getreide, unverarbeitete Metalle ꝛc. „Fungible Sachen, res fungibiles" [diesen Namen hat Ulrich Zasius im 16. Jahrhundert für sie aufgebracht],[1] der Ausdruck „vertretbare"[2] ist nicht bezeichnender. Irrthümer s. Note f des Lehrbuchs:

---

1) (Vgl. Zasius ad §. 30. J. de act. (4, 6). No. 17. 18. A. d. H.).
2) (Dieser Ausdruck ist durch K. S. Zachariä aufgekommen. A. d. H.).

ad 1) Verbrauchbarkeit und Fungibilität sind verschiedene Begriffe, auch wenn beide Eigenschaften zufällig immer bei denselben Sachen zusammenträfen. Häufig ist dies der Fall, die Verbrauchbarkeit giebt der Sache die Eigenschaft der Gleichgültigkeit des Individuums. Aber Fungibilien sind auch ohne Verbrauchbarkeit denkbar, z. B. rohe Metalle, Steine.

ad 2) Die Fungibilität tritt nicht in allen Verhältnissen hervor, z. B. Geld als Depositum. Insonderheit als Gegenstand des Eigenthums werden fungible Sachen stets als nicht fungibel genommen (Quantitäten sind nicht Gegenstand des Eigenthums, es giebt kein Eigenthum an Geldsummen, sondern an Geldstücken).

ad 3) Alle Sachen können als nicht fungible behandelt werden, aber nicht alle Sachen als fungible. Die entgegengesetzte Meinung beruht auf Vermischung der Behandlung nach dem Genus und der Fungibilität. Es kann jemand nach subjectiver Ansicht seine Sachen wie fungible ansehen, weil die Werthsdifferenz des Individuums für ihn unbedeutend ist, z. B. er hat zwei Wagenpferde, von denen er glaubt, schlechtere Individuen dieser Gattung werde es wohl nicht geben. Aber dies macht die objective Beschaffenheit der Dinge nicht zu einer andern. — Die Fungibilität ist so wenig für Sachen eine Empfehlung, als für Menschen.

§. 37.

Es giebt Eigenschaften, die ein Verhältniß unter mehreren Sachen enthalten oder bewirken.

Die Productivität ist eine auch juristisch erhebliche Eigenschaft. Es ist die Eigenschaft, daß die Sache nicht bloß durch ihr gegenwärtiges Dasein, sondern auch durch die ihr inwohnenden Kräfte das Vermögen des Berechtigten vermehrt.

Insofern nun dieser Gewinn die Bestimmung der Sache ist, heißt er Frucht, Nutzung, fructus. Der juristische Begriff von Frucht fällt nicht überall zusammen mit dem natürlichen, d. i. dem des organischen Erzeugnisses.

1) Nicht alle Erzeugnisse sind fructus, nur die in der Bestimmung der Sache liegende Nutzung. Nicht der partus ancillae, Bäume, die geschlagen werden, um sie auszureuten, Windbrüche, s. Note a d. Lehrb.

2) Nicht alle fructus sind natürliche Erzeugnisse, auch son-

stiger Gewinn von der Sache, z. B. Pachtzins, Zinsen von Geld 2c. Auch hier mit der angegebenen Modification.[1]

Diese Fructus hat man juristische, fructus civiles genannt, gegenüber den fructus naturales. Bei den letzteren werden unterschieden die mere naturales und die industriales: durch Arbeit des Besitzers hervorgebracht (nicht blos vermehrt, z. B. Gras).

Die Bezeichnung der verschiedenen Momente bei der Fruchtbeziehung: pendentes, separati, percepti (als besonderer Act, oder als Bezeichnung des Gewinns überhaupt), exstantes, consumti s. Lehrbuch. [Fructuum perceptio ist oft ein besonderer Act, die Besitzergreifung, zuweilen aber auch nur die allgemeine Bezeichnung des Fruchtbezuges z. B. fructus percipiendi, Früchte, die hätten bezogen werden können, „versäumte Früchte," wie Savigny sie nennt].[2]

Theilbarkeit im juristischen Sinn ist die Möglichkeit einer Theilung der Sache unter mehrere Berechtigte. Drei Fälle der Berechtigung Mehrerer sind zu unterscheiden, 1) sie haben verschiedene Rechte: Eigenthum, Usufructus; dieser Zustand enthält keine Theilung der Sache. 2) Sie haben dasselbe Recht, aber jeder an der ganzen Sache, z. B. Pfandgläubiger, auch darin liegt keine Theilung. 3) Sie haben dasselbe Recht, jeder an einem Theil.

Der Theil kann ein körperlicher sein. Hier sind zwei Fälle zu unterscheiden, 1) die Verbindung ist eine wesentliche, so daß die Trennung die Natur des Theils wesentlich verändert, integrirende Theile. Dies ist überall der Fall, wo der Theil die Eigenschaft eines Gliedes hat, auch das Haus, die Pflanze ist so Theil des Bodens. Nach diesen Theilen ist die Sache untheilbar, nur der Eigenthümer des Ganzen kann Eigenthümer des Theils sein, oder eigentlich ein besonderes Eigenthum an dem Theil findet gar nicht statt.

---

1) L. 26. D. de usur. (22, 1): Julianus venationem fructus fundi negavit esse, nisi fructus fundi ex venatione constet. Diese Stelle enthält keine Tautologie.

2) (Zwei Irrthümer sind zu vermeiden 1) daß die Befugniß zur Perception Folge des juristischen Besitzes sei, wonach der Fructuar und Pachter kein Recht auf die Früchte hätte, 2) daß zu den versäumten Früchten nur die wirklich erzeugten und nur nicht gezogenen gehörten (so z. B. Heimbach, Lehre von der Frucht, S. 171—178). Nach dieser Lehre wäre die gänzliche Vernachlässigung entschuldbarer, als die partielle. A. d. H.).

2) Die Verbindung ist eine nicht wesentliche, die Trennung macht den bisherigen Theil nicht zu einem andern Wesen. Nach diesen Theilen ist die Sache theilbar, diese Theile können im Eigenthum verschiedener Personen stehen. Durch diese Berechtigung Mehrerer ist die Sache im Grunde schon in mehrere Ganze zerlegt, getheilt in diesem Sinn, Eigenthum pro diviso. Dies ist am augenscheinlichsten, wenn die Verbindung der Theile nur eine gedachte, kein körperlicher Zusammenhang ist, Theile einer universitas rerum. Aber in der That auch, wenn ein körperlicher Zusammenhang vorhanden ist, z. B. die Plätze eines Grundstücks, Rad am Wagen, Stein im Hause. Auch hier sind mehrere selbstständige Sachen, wenn getrenntes Eigenthum eintritt.

Der Theil kann ein intellectueller sein, der sich nicht äußerlich an der Sache darstellt, quoter Theil. Nach solchen Theilen ist natürlich jede Sache theilbar, es ist daher eine rein juristische Eigenthümlichkeit, wenn diese Theilbarkeit etwa ausgeschlossen ist. Hier ist die Sache durch das Eigenthum Mehrerer noch nicht in mehrere Ganze auseinandergegangen, Eigenthum Mehrerer pro indiviso. Von diesen Theilen kann man daher ganz eigentlich gesprochen allein sagen, es sind Theile, nicht selbstständige Sachen.[3]

Auf diese intellectuelle Theilung folgt dann erst die wirkliche, die jene ersetzt und aufhebt, entweder natürlich, so daß jeder seinen ideellen Theil in einem körperlichen erhält, oder dem Werth nach.

Pertinenzqualität ist die Eigenschaft, die eine Sache dadurch erhält, daß sie ohne wirklicher Theil einer andern Sache zu sein, doch so behandelt wird, quasi pars,[4] Theil durch die Bestimmung, die ihr gegeben ist. Erfordernisse: 1) die Sache muß gänzlich für den Dienst der Hauptsache bestimmt sein, keine selbstständige Bestimmung haben. Diese innere Verbindung macht sie zur Pertinenz, nicht die äußere (fixa, vincta sind nicht immer Pertinenzen, und es giebt Pertinenzen, die nicht befestigt sind). 2) Beständigkeit der Bestimmung; eine temporäre Wegnahme hebt die Pertinenzqualität nicht auf. 3) Die Bestimmung muß in Wirklichkeit getreten sein, z. B. Pfähle in den Weinberg gebraucht.

---

3) L. 25. §. 1. D. de V. S. (50, 16).
4) L. 13. §. 31. D. de A. E. V. (19, 1).

Die Hauptsache kann eine unbewegliche und bewegliche sein. Es ist eine falsche Regel, daß im letzteren Fall nur die Theile als Pertinenzen zu betrachten seien, z. B. das Faß kann Pertinenz des Weins sein (wenn es nämlich nur für diesen Wein bestimmt ist). Am häufigsten natürlich kommt die Pertinenzqualität bei unbeweglichen Sachen zur Sprache. Das instrumentum fundi oder aedium ist nicht Pertinenz. Instrumentum heißt dort der Inbegriff der für den Landbau dienenden Sachen, hier der für die Benutzung des Gebäudes. Der Grund ist, man kann nicht sagen, diese Sachen sind für das Landgut, für das Haus bestimmt, sondern mit diesen für die Agricultur, die Wohnung, sie stehen nicht im Accessionsverhältniß zum Grundstück, sondern mit diesem zu dem Zweck desselben. Bei einem Fundus wird die Regel gegeben, nur was mit dem Boden zusammenhängt, kann Pertinenz sein, nicht die ruta caesa.[5] Dies hängt damit zusammen: bloß bei diesem kann angenommen werden, daß es keine Selbstständigkeit gegen das Grundstück hat, unmittelbar für dieses bestimmt ist. Anders bei Häusern.

Die Pertinenzqualität kommt besonders zur Sprache bei Veräußerungen in Beziehung auf die Frage: was? z. B. beim Kauf, Vermächtniß. Bei Gelegenheit dieser Lehren tragen die römischen Juristen die Lehre von den Pertinenzen in unzähligen einzelnen Beispielen vor, die aber bei weitem weniger, als die bei ihnen befolgten Principien zu beachten sind, s. Note k des Lehrbuchs: Beispiel von den Schlössern, serae, die Pertinenzen des Hauses sein sollen:[6] diese Schlösser waren nicht befestigt. Um so mehr könnte man denken, daß bei uns alle Schlösser Pertinenzen wären. Aber eben weil wir befestigte und unbefestigte haben, so werden Vorhängeschlösser häufig nicht für Pertinenzen zu halten sein. — Beispiel für den Einfluß von Sitte und Lebensart: Oefen können nach der Sitte eines Landstrichs wie andere Möbeln zu behandeln sein.

Accessionseigenschaft. Accession ist das Hinzukommen eines Gegenstands zu dem andern, so daß dieser als das principale, der accedirende in einer juristischen Beziehung (nicht nothwendig in allen juristischen Beziehungen) als Attribut und abhängig von ihm zu betrachten ist. Der Gegenstand selbst heißt

5) L. 17. §. 6. D. de A. E. V. (19, 1).
6) L. 17. pr. D. de A. E. V. (19, 1).

ebenfalls Accession. Dieses Verhältniß kommt zwischen Rechten vor, z. B. Pfandrecht ist Accession der Forderung, die Forderung gegen den Bürgen Accession der Forderung gegen den Hauptschuldner, Klagen können neben ihrem Hauptgegenstande noch Nebengegenstände haben, s. über diese Fälle unten an den einzelnen Orten. Hier von dem Accessionsverhältniß als einem Verhältniß zwischen Sachen. Zwei Momente liegen in dem Begriff des Accessionsverhältnisses

1) Verhältniß zwischen mehreren Sachen durch eine Verbindung unter ihnen (körperliche oder intellectuelle). Dies ist noch nicht hinreichend, das Verhältniß kann ein gleiches sein, keine Sache die Accession der andern. So wenn zwei zusammenkommende Sachen eine dritte bilden, Theile desselben Ganzen stehen unter sich nicht im Accessionsverhältniß, z. B. die Steine eines Hauses.

2) Die Bestimmung oder Natur der einen Sache muß es sein, von der andern abhängig, ihr Attribut in einer juristischen Beziehung zu sein. So die Theile zum Ganzen, die Pertinenzen zur Hauptsache, die Früchte zur producirenden Sache. Als fructus pendentes sind sie Theile, aber auch nach der Separation werden sie in gewissen Beziehungen noch als Accession behandelt, hier also ist das Fruchtverhältniß ein eigentliches Accessionsverhältniß.

Die Existenz der Accessionseigenschaft muß nach diesen Principien beurtheilt werden. In vielen Fällen ist dies unzweifelhaft, z. B. Gebäude und Boden, Pflanzen und Grundstück, Steine zum Gebäude, einzelne Theile eines Gefäßes oder sonstigen Bildwerks. Es kann aber zweifelhaft sein, 1) ob überhaupt ein Accessionsverhältniß existirt und 2) welche von beiden Sachen die Accessionseigenschaft hat. Auf den Werth und auf den Umfang kann es nicht ankommen.[7]

Hier finden wir einige unrichtige Entscheidungen bei den römischen Juristen, die in die Pandekten aufgenommen sind, die wir nicht als Princip benutzen, sondern vielmehr als Irrthümer erkennen müssen. Cassius hat das Zusammenkommen zweier Metallkörper, in Ermangelung anderer Gründe, nach dem Umfang

---

7) L. 19. §. 13. 15. 20., L. 20. 29. §. 1. D. de auro, argento (34, 2), L. 7. §. 10. D. de adqu. rer. dom. (41, 1).

und Werth entschieden.[8] Richtiger war zu entscheiden, es bestehe hier überall kein Accessionsverhältniß, sondern ein gleiches, sie seien Theile einer dritten Sache, des Metallklumpens. (Im Grunde wird diese richtige Ansicht auch in der Stelle angegeben. Die Meinung des Cassius wird nicht direct gebilligt).

Nicht weniger unrichtig ist die Entscheidung des Paulus,[9] daß die Schrift Accession des Materials, das Gemälde Accession der Leinwand sei, s. noch unten §. 164. Paulus sagt, beim Gemälde hätten die Meisten das Gegentheil angenommen, des Werths wegen, dies ist aber auch nicht der rechte Grund; sein eigener Grund ist ganz unhaltbar. Die Entscheidung des Paulus beruht auf einer Verwechselung zweier Fragen: Was kann ohne das Andere nicht sein, und: Was ist um des Andern willen da. Letzteres ist die Accession. Mensch und Kleidung. [Der Mensch kann ohne Kleidung nicht sein, ist aber doch nicht Accession seiner Kleider, diese sind vielmehr um des Menschen willen da und demgemäß das Accessorium].

W e r t h.

§. 38.

Der Werth einer Sache bestimmt sich theils nach dem Umfang und Belang der Güter, die dadurch erzeugt und hervorgebracht werden können, Gebrauchswerth, theils der Güter, die dafür im Verkehr erhalten werden können, Tauschwerth. Jenes ist der Werth der Sache als Gegenstand eines dauernden Rechts an derselben, dieses als Verkehrsgegenstand. Diesen Tauschwerth drückt das Geld aus. Der Charakter des Geldes liegt darin, 1) daß es allgemeines Tauschmittel ist, und daher den Preis für alle anderen Sachen bildet; 2) daß es allgemeines Zahlungsmittel ist, d. h. daß jede Leistung, die Gegenstand einer Obligatio ist, in einer Geldsumme ihr Aequivalent findet, und darin geschehen kann, wenn sie specifisch nicht realisirt werden kann. Der Werthanschlag einer Sache (Aestimation im allgemeinen Sinn) geschieht in Geld zu den beiden Zwecken, zu denen er nothwendig wird, sowohl zum Behuf des beabsichtigten Umsatzes gegen andere

8) L. 27. §. 2. de A. R. D. (41, 1).
9) L. 23. §. 3. D. de R. V. (6, 1).

Güter (Preis), als zum Behuf des Umsatzes, der nothwendig wird, um die Leistung der Sache selbst zu ersetzen (Aestimation im eigentlichen Sinn).

Keine Sache hat an sich die Eigenschaften des Geldes, denn es giebt keine Sache von allgemeiner und unbeschränkter Brauchbarkeit, unbeschränktem Bedürfniß.

Sie werden einer Sache beigelegt durch die Anerkennung der im Verkehr mit einander Lebenden. Nicht durch das Gebot der Staatsregierung entsteht Geld; würde diese einer Sache die Geldeigenschaft beilegen, die sie in der öffentlichen Meinung nicht hätte, so wäre die Nöthigung, sie als Geld anzuerkennen, ein erzwungenes Darlehn von den Unterthanen. Dies schließt nicht aus, daß die Regierung einer auf jene Weise erwählten Sache eine bestimmte Form und Garantie verleiht, und dadurch ihre Geltung als Geld unterstützt und bekräftigt. Als Geld wird eine Sache erwählt werden, die an sich möglichst allgemeinen Werth hat (worauf sich dieser auch gründen möge), zugleich ein möglichst geringes Volumen einnimmt, und leicht transportabel ist. Diese Sache ist bei uns, wie schon bei den Römern, das edle Metall: Gold und Silber.

Um seinen Gebrauch als Geld zu erleichtern, erhält es von der Staatsregierung eine Form, die zur Beglaubigung des Werths für jedes einzelne Stück dient. In dieser Form heißt das Metall Münze.

Diese Form hat eine Abweichung von dem unverarbeiteten Metall zur Folge

1) in Beziehung auf den Werth. Die Münze muß einen größeren Werth erhalten, als eine gleich große Masse unverarbeiteten Metalls, da die Prägungskosten dazu zu schlagen sind. In dieser Differenz bezahlt der das Geld Gebrauchende den bedeutenden Vortheil, den Werth des Stücks sofort beglaubigt zu haben.

2) In Beziehung auf das Gewicht, Schrot. Die Münzen werden nicht rein aus edlem Metall geprägt, sondern erhalten aus verschiedenen Gründen (z. B. um die Abnutzung zu vermindern) einen Zusatz von unedlem Metall. Daher ist das Gewicht einer Münze nicht gleich dem einer gleich großen Masse feinen Metalls. Das Verhältniß des feinen zu dem groben Metall in einem Stück heißt das Korn der Münze.

Für den Werth der Münze als Geld kommt dieser Zusatz an sich nicht in Betracht, er ist nur ein Theil der Prägungskosten, und wird bei diesen in Anschlag gebracht. Jener Werth bestimmt sich darnach, wie viel feines Metall in einer solchen Münze enthalten ist, Feingehalt. Dieser hängt davon ab, wie viele dieser Münzen aus einer gewissen Quantität feinen Metalls geprägt werden. Die Bestimmung dieses Verhältnisses heißt der Münzfuß. Z. B. 14 Thaler- oder $24\frac{1}{2}$ Guldenfuß, wonach 14 Thaler oder $24\frac{1}{2}$ Gulden aus einer Mark feinen Silbers.

Als Geld kommen Münzen in Betracht, wo sie als Quantitäten in einem Rechtsverhältniß genommen werden, und zwar zum Behuf einer Preisbestimmung oder einer Zahlung (denn dies sind die Functionen des Geldes, s. oben). Die Quantität heißt hier Summe. Die Quantität wird durch die Zahl der Münzen eines gewissen Münzfußes ausgedrückt, in dieser Anwendung heißen sie Rechnungsmünzen. Als solche dienen entweder die geprägten Münzen z. B. preußische Thaler, oder auch nicht geprägte z. B. sonst die rheinischen Gulden, die erst seit der letzten Münzreform in einzelnen Stücken ausgeprägt werden, oder die sächsischen Thaler. Es ist überhaupt nicht wesentlich, daß die Summe in der Rechnungsmünze, die sie ausdrückt, bezahlt wird, z. B. 100 Thaler werden geleistet in 50 Zweithalerstücken. So könnte daher auch die Rechnungsmünze als geprägte ganz fehlen, wie es dort wirklich der Fall war.

Nicht als Geld kommen die Münzen in Betracht, wo sie zwar als Quantitäten Gegenstand des Rechtsverhältnisses sind, aber mit der Eigenschaft der Waare, so bei dem Geldwechsel, ferner wo sie als Individuen gelten, so als Gegenstand des Eigenthums, des Depositums, des Commodats.

Bei Geldschulden entstehen folgende Fragen, die aus der Natur des Geldes entschieden werden und daher hier ihre Erledigung finden müssen, welche aber auch häufig wegen mangelhafter Einsicht in die Natur des Geldes unrichtig entschieden worden sind. Die Handbücher sind in diesem Punkt nur mit großer Vorsicht zu brauchen, z. B. die ganz falsche Vorstellung, welche v. Vangerow[1] aus Glück[2] nachgeschrieben hat, daß der innere Werth der Münze von Schrot und Korn abhänge.

1) Leitfaden für Pandektenvorlesungen, §. 68.
2) Commentar XII. §. 783.

1) Die Frage nach der Quantität. Der Schuldner einer Geldsumme muß so viel Münzen geben, als ihrem Gehalt nach die geschuldete Summe ausmachen. Eine Veränderung des Münzfußes seit der Entstehung der Forderung verändert nicht die Summe, aber eben darum allerdings die Quantität der Stücke. So viel Stücke, als nach ihrem gegenwärtigen Gehalt die Summe darstellen, die in der früheren Quantität enthalten war. Wer z. B. 13⅔ Thaler schuldig wurde, zu einer Zeit, wo so viel Thaler auf die feine Mark gingen, schuldet jetzt 14 Thaler. Die Summe seiner Schuld ist gleich einer feinen Mark, nur mit der Differenz der Prägungskosten, diese Summe stellt sich jetzt in 14 Thalern dar.[3]

Von dem Gehalt der Münze ist der Werth derselben zu unterscheiden, d. h. der Tauschwerth in Beziehung auf die Waaren, die dafür zu erhalten sind. Darauf ist keine Rücksicht zu nehmen. Wenn man für denselben Thaler jetzt weniger Getreide erhält, als damals, so berechtigt dies den Gläubiger zu keiner Mehrforderung, denn es ist keine Veränderung mit dem Gegenstand der Forderung eingetreten. Ein Rechtsverhältniß ändert sich nicht dadurch, daß sein Gegenstand jetzt weniger Werth in Beziehung auf andere hat, abgesehen von einer rechtswidrigen Verzögerung, deren nachtheilige Folgen ersetzt werden müssen.[4] Zu diesem

---

3) (Die Meinungen der Schriftsteller theilen sich in dieser Frage zwischen Nennwerth, Metallwerth und Courswerth. Der Nominalwerth, welcher zuletzt von Souchay (Zusatz zu Note k des Lehrbuchs) jedoch mit Einschränkungen vertheidigt ist, würde einen Zwangscours voraussetzen, der nur in den Gränzen eines bestimmten Staats denkbar ist und auch hier in der Regel nur bei Papiergeld vorkommt. Der zweite, im Text vertheidigte Maaßstab paßt blos auf Darlehen in Metallgeld, (also weder auf den Kauf noch auf das Papiergeld) und ist auch dort verwerflich, weil der Schuldner die empfangene Vermögenserweiterung zurückgewähren muß, wozu bei einem Sinken des Werths die Rückzahlung der gleichen Summe nicht genügt. Es bleibt mithin nur der Courswerth d. h. der Werth des Geldes in der öffentlichen Meinung (publica ac perpetua aestimatio Note b des Lehrbuchs) als Maaßstab übrig, da nur diese (die Börse) darüber entscheidet, ob und in welchem Grade Etwas — und zwar auch auswärtiges und Papiergeld — Geld ist. Bei Coursdifferenzen ist für das Darlehen der Cours am Ort und zur Zeit der Auszahlung entscheidend, bei dem Kaufpreise der Ort, an welchem die Parteien die Erfüllung beabsichtigen. Diese ganze Ansicht vom Courswerth ist jetzt auf das Ueberzeugendste von Savigny (Zusatz zu Note k des Lehrbuchs) ausgeführt. A. d. H.).

4) (Vangerow III. S. 34. ist geneigt, bei „Erbpachten und ähnlichen Verhältnissen" ein Recht auf Erhöhung anzunehmen, weil der Werth des Geldes in den letzten drei Jahrhunderten bedeutend gesunken sei, nur werde der Beweis des Verhältnisses des Tauschwerths in den verschiedenen Zeiten schwer zu führen sein. Allein eine solche Werthverminderung ist ein für den Gläubiger unver-

Tauschwerth gehört auch die Quantität anderer Münzen, die man für eine gewisse Münze erhalten kann, z. B. das Verhältniß der Goldmünzen zu den Silbermünzen.[5] Ist die Veränderung darin durch eine Veränderung des Münzfußes eingetreten, so gilt davon das oben Bemerkte. Ist es eine Folge anderer Verhältnisse, so findet es keine Berücksichtigung.

2) Die Frage nach der Münzsorte. An sich hat die Wahl der Schuldner. Natürlich muß er in gangbaren Münzsorten zahlen, nicht in verrufenen; er ist aber auch beschränkt hinsichtlich der Scheidemünze. Diese kleine, eigentlich bloß zur Theilung bestimmte Münze wird nach einem geringeren Münzfuß, als die grobe ausgeprägt, ihr Nominalwerth ist also bedeutend größer als ihr Feingehalt. Manche Regierungen haben dergleichen, um diese Differenz zu gewinnen, in unverhältnißmäßiger Menge ausprägen lassen. Es entsteht nun die Frage: Kann der Schuldner in Scheidemünze zahlen? Die Bejahung würde heißen, er kann die Schuld willkührlich auf die Hälfte oder eine noch geringere Quote reduciren. Der Gläubiger braucht die Scheidemünze nur wo sie in ihrem Beruf fungirt zum Nominalwerth anzunehmen, höhere Summen nur nach dem Feingehalt. Aber die Gesetze haben überhaupt die Zahlung in Scheidemünze beschränkt, s. Note g des Lehrbuchs.

Ist die Münzsorte bestimmt, so kann der Schuldner sie nicht ändern. Stillschweigend tritt eine solche Bestimmung beim Darlehn ein, Note h des Lehrbuchs.[6] Die Summe muß in derselben

---

meidlicher Zufall, der nur beweist, wie gefährlich es ist, Rechtsverhältnisse von ewiger Dauer einzugehen. A. d. H.).

5) (Gegen diese Vermischung des Verhältnisses der Münze zum Tauschwerth der Waaren und zum Werthe des reinen Silbers, auf welchem der Courswerth beruht, erklärt sich mit Recht v. Savigny a. a. O. S. 479. A. d. H.).

6) L. 99. D. de solut. (46, 3): Debitorem (creditorem) non esse cogendum in aliam formam nummos accipere, si ex ea re damnum aliquid passurus sit. Die florentinische Lesart ließe sich zur Noth halten, in Erwägung, daß sie die äußere Wahrscheinlichkeit der inneren Unwahrscheinlichkeit für sich hat; indessen ist sie doch wohl ein Fehler. (Denn nach dieser Lesart würde vorausgesetzt, daß der Schuldner, wenn er keinen Schaden hätte, das verabredete Darlehen annehmen müßte, er kann aber seinen Sinn ändern. Indeß auch wenn man die Stelle nach der Lesart creditorem auf die Rückzahlung bezieht, bleibt es ungewiß, ob unter forma verschiedenes Metall oder Gehalt, unter eodem das empfangene Geld oder eine versprochene Münzsorte zu verstehen ist (Savigny, Obl. Recht I. S. 470). Die Stelle ist also für den im Text ausgesprochenen Satz kein Beweis. A. d. H.).

Münzsorte zurückgezahlt werden, in der sie empfangen wurde. Die Münzsorte kann gänzlich aus dem Verkehr verschwunden sein; hier ist es denkbar, daß das Gesetz eine andere substituirt hat. Ist dies nicht der Fall und eine gütliche Uebereinkunft nicht möglich, so fordert der Gläubiger den Feingehalt mit Zurechnung der Prägekosten.

Familienrecht.

§. 39.

Das Familienrecht bilden die Familienverhältnisse, sofern sie eine rechtliche Gestalt angenommen haben: Ehe, Verhältniß zwischen Eltern und Kindern, Verwandtschaft überhaupt. Blos die letztere, als das allgemeinste Familienband ist hier zu erörtern. Es giebt folgende Arten derselben: 1) eigentliche Verwandtschaft, cognatio im allgemeinen Sinn. 2) Verschwägerung, affinitas. Jene ist natürliche Verwandtschaft, cognatio im engeren Sinn, oder juristische Verwandtschaft, entweder des römischen Rechts, civilis cognatio, oder des canonischen, spiritualis cognatio.

§. 40.

Der Grund der natürlichen Verwandtschaft ist die Zeugung, Gemeinschaft des Bluts. Personen sind mit einander verwandt heißt also, sie stehen durch ihre Erzeugung und Abstammung mit einander in Verbindung. Diese Verbindung kann eine doppelte sein 1) Abstammung von einander, 2) Abstammung von einem gemeinsamen Stamm, welcher der sie vermittelnde Knoten ist, stipes communis.

Jenes ist Verwandtschaft in linea recta, der Descendenten und Ascendenten, dieses Verwandtschaft in linea obliqua s. transversa, Seitenlinie, Seitenverwandte.

In beiden Fällen kann die Abstammung eine unmittelbare oder mittelbare, durch Mittelglieder vermittelte sein; in der Seitenlinie von einer Seite unmittelbar, von der andern mittelbar, respectus parentelae; ferner überhaupt entweder gleichweit oder nicht, gleiche oder ungleiche Seitenlinie.

In der Seitenlinie ist ferner ein Unterschied, ob der stipes communis ein Ehepaar, oder ein Einzelner ist, Vollbürtige, Halb-

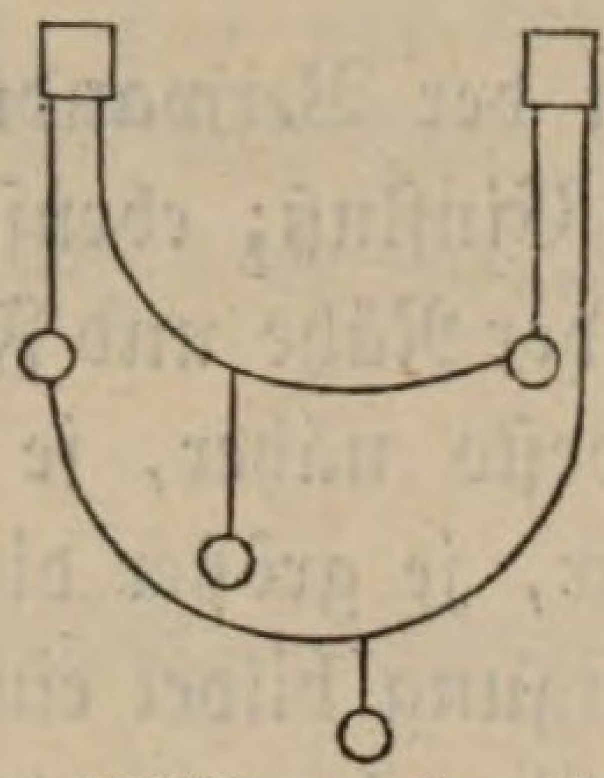
bürtige. Dies ist nur bei den Geschwistern von Bedeutung, consanguinei, uterini.

Diese Verschiedenheit der Verwandtschaft hat auf ihre Wirkungen einen bedeutenden Einfluß; ebenso aber auch die Verschiedenheit des Grades, d. h. der Nähe und Form der Verwandtschaft. Die Verwandtschaft ist desto näher, je weniger Zeugungen sie vermitteln, desto entfernter, je größer die Zahl der vermittelnden Zeugungen ist. Jede Zeugung bildet einen Grad der Verwandtschaft. So die römische Berechnung, die alte deutsche oder canonische sieht nicht auf die Entfernung der betreffenden Personen von einander, sondern auf die Entfernung derselben von dem Stamm, sie zählt die Generationen als Glieder des Stammes (nicht also einzelne Zeugungen). [In der geraden Linie kommt die canonische Computation mit der römischen natürlich überein, bei der Seitenverwandtschaft aber weicht sie von derselben ab. So sind Geschwisterkinder nach römischer Computation im vierten, nach canonischer im zweiten Grade mit einander verwandt. Die römische Computation kommt zur Anwendung, wo nach römischem Recht entschieden wird, z. B. im Erbrecht; wo aber das canonische Recht die Norm giebt, z. B. bei Ehehindernissen, da werden die Grade auch nach canonischer Computation berechnet].

Es ist eine mehrfache Verwandtschaft zwischen denselben Personen denkbar; abgesehen von der Möglichkeit einer Cognation und Agnation (und zwar nicht blos bei der adoptio cognati) ist in der natürlichen Verwandtschaft selbst eine mehrfache natürliche Begründung der Verwandtschaft denkbar, nämlich Verwandtschaft durch mehrere Linien, gerade oder Seitenlinien oder beide zugleich. Diese tritt ein 1) wenn zwei Verwandte ein Kind zeugen; das Kind ist mit jedem Parens auch durch den andern verwandt, ferner mit dem stipes communis der Eltern mehrmals in linea recta, 2) wenn zwei Personen, die einen gemeinsamen Verwandten haben, ein Kind zeugen, z. B. bei einer Ehe mit zwei Schwestern successiv sind die Kinder aus beiden Ehen Geschwister und Geschwisterkinder. Dahin gehört auch der Fall der L. 10. §. 14. D. de gradib. (38, 10):[1] zwei Personen erzeugen jede mit einer Verwandten der Andern ein Kind: si mulieres

1) S. Note e des Lehrbuchs.

altera alterius filio nupserint — qui ex his masculi nati fuerint, invicem patrui sunt.[2]



Häufig werden mehr Fälle aufgezählt, aber nur indem man Species des zweiten Genus als Genera behandelt.

§. 41.

Der Beweis der Cognation wird geführt durch den Beweis der Zeugungen, die sie vermitteln. Handelt es sich um die Zeugung durch eine gewisse Frau, so ist der Beweis natürlich möglich. Anders, wenn die Verwandtschaft auf Zeugung von einem Mann gegründet wird, also wo es darauf ankommt, daß jemand Kind eines gewissen Mannes sei, theils des Kindschaftsverhältnisses selbst wegen, theils wegen Verwandtschaft mit andern Personen durch den Vater. Hier wird der nicht zu führende Beweis ersetzt durch die Vermuthung pater est, quem nuptiae demonstrant. Wenn die Mutter eine Ehefrau ist, so ist mit ihr auch der Vater gegeben, der Ehemann.

Diese Präsumtion hat aber Grenzen: 1) Die Geburt muß wenigstens 6 Monate nach Eingehung der Ehe erfolgen. Die frühere Geburt hindert die Ehelichkeit nicht, wenn kein Streit darüber entsteht und der Vater das Kind als das seinige anerkennt; kommt es aber auf den Beweis an, so findet keine Präsumtion statt.

2) Die Geburt darf nicht später als 10 Monate nach getrennter Ehe erfolgt sein. Hier fällt nicht bloß die Präsumtion weg, sondern es wird überhaupt die Behauptung der Erzeugung in der vorangegangenen Ehe nicht mehr zugelassen.

Man drückt diese Präsumtion auch so aus: der gilt als Vater des Kindes, der in der Zeit von dem 182. bis zum 302. Tag

---

2) (Jeder ist (durch seinen Vater) Neffe und (durch seine Mutter) Oheim des Andern. A. d. H.).

vor der Geburt Ehemann der Mutter war, nicht während dieses ganzen Zeitraums, sondern auch nur an einem der 120 Tage, die zwischen jenen Zeitpunkten liegen. (Jene Zahlen 182 und 302 sind ein nicht genauer Ausdruck, s. §. 74. Eigentlich ist zu sagen: die Präsumtion tritt ein, wenn bei der Geburt 180 Tage seit dem Anfang der Ehe, und noch nicht 300 nach der Trennung abgelaufen sind). Der Beweis des die Kindschaft Behauptenden braucht also nur auf die Geburt von der Frau und Existenz der Ehe gerichtet zu sein. Ja auch die Ehe soll vermuthet werden, wenn der Mann in einem von drei Zeugen unterschriebenen Document das Kind schlechtweg sein Kind genannt hat, die Möglichkeit der Ehe vorausgesetzt.[3]

Jene Präsumtion ist nur dieses, der Beweis des Gegentheils nicht ausgeschlossen. Aber Ehebruch der Mutter ist kein vollständiger Beweis, ebensowenig ihr Geständniß, gegenüber dem Kind. Controvers ist, ob der Gegenbeweis aus der körperlichen Beschaffenheit eines im 7. Monat der Ehe geborenen Kindes geführt werden kann? Es ist nicht abzusehen, warum dieses Beweismittel ausgeschlossen sein sollte, wenn Sachverständige aussagen, daß dieses Kind unmöglich so kurz getragen sein könne. (Das preußische Landrecht hat diese Controverse dadurch abgeschnitten, daß es das erste Erforderniß der Präsumtion von 6 auf 7 Monate erhöht hat. Nach ihm ist daher der Gegenbeweis bloß durch den Beweis der Nichtbeiwohnung zwischen dem 210. und 302. Tag vor der Geburt geführt).

Auf dieser Beweisfrage, auf der Möglichkeit, die juristische Gewißheit der Verwandtschaft herzustellen, beruht allein der Unterschied der ehelichen und unehelichen Erzeugung in Beziehung auf das Recht der Verwandtschaft. Außerdem müßte dieser Unterschied auf die Verwandtschaftsfrage bei der natürlichen Verwandtschaft, die auf dem natürlichen Ereigniß der Zeugung beruht, eigentlich ohne Einfluß sein.

Aus dem Bisherigen ergeben sich folgende zwei Regeln, die aber zum Theil Modificationen erhalten haben.

1) In Beziehung auf die Mutter und die mütterlichen Verwandten ist kein Unterschied zwischen ehelicher und außerehelicher

3) Nov. 117. c. 2.

§. 44.

Auf die Berührungen zwischen Vermögensrecht und Familienrecht ist im Lehrbuch aufmerksam gemacht.

Einfluß der öffentlichen und kirchlichen Stellung der Person auf das Privatrecht.

§. 45.

Den Zeiten, wo das Recht noch unentwickelt ist, gehört das Ineinandergehen der verschiedenen Stellungen des Menschen an, das Uebergreifen des öffentlichen und kirchlichen Rechts in das privatrechtliche, nach Gelegenheit auch des letzteren in jene Gebiete. Eine Berührung dieser Gebiete ist nicht zu negiren, aber sie darf nicht die Selbstständigkeit derselben beeinträchtigen. So wird die politische Persönlichkeit des Menschen auch auf solche Privatrechte naturgemäß einen Einfluß üben, die selbst in wesentlicher Berührung mit der öffentlichen Stellung stehen, und ebendasselbe gilt von der kirchlichen Stellung, z. B. in sofern politische Rechte von dem Grundbesitz oder gewissem Grundbesitz abhängen, wird es unvermeidlich, auf die Fähigkeit zu diesem die politische Stellung einen Einfluß üben zu lassen. [Ferner z. B. ist der Eid von Einfluß im Privatrecht; da aber die kirchliche Stellung des Schwörenden wieder auf den Eid einwirkt, so ist auch diese von Einfluß auf das Privatrecht]. Dagegen ist es nicht zu rechtfertigen, die politische und kirchliche Stellung über diese Gränzpunkte hinaus die Privatrechtsfähigkeit bedingen zu lassen. Dies ist noch im justinianischen Recht nicht durchaus vermieden, namentlich gehört dahin die Bedingung der Rechtgläubigkeit für die vollkommene Persönlichkeit im Privatrecht, zu welcher die römischen Kaiser durch ihre verweltlichende Auffassung der christlichen Religion geführt wurden.

Das heutige gemeine Recht hat diese Uebergriffe fallen lassen. Die Bestimmungen des römischen Rechts gegen Apostaten und Ketzer sind antiquirt, dagegen das Verbot der Ehe zwischen Juden und Christen ist aufrecht erhalten worden, da es ein auf der Gränze des kirchlichen Rechts liegendes Privatrechtsverhältniß betrifft. Für die Privatrechtsfähigkeit gilt ferner nicht das Staatsbürgerrecht als Bedingung, auch dem Fremden ist sie zuerkannt, Rechte ausgenommen, die mit politischen in wesentlicher Verbin-

dung stehen. Die Vorzüge gewisser Stände, so des Soldatenstandes, sind nicht schlechthin zu jenen Uebergriffen zu rechnen, da sie zum großen Theil selbst ein privatrechtliches Fundament haben (nicht in der politischen, sondern in der natürlichen Seite des Standes ihren Grund haben). Daß bei der Anerkennung der juristischen Personen das politische und kirchliche Interesse mitwirkt, kann nicht als Uebergriff betrachtet werden.

Wenn in früheren Zeiten die Gefahr auf jener Seite lag, liegt sie in unserer eher auf der entgegengesetzten, dem öffentlichen und kirchlichen Recht seinen Einfluß auf das Privatrecht zu schmälern. Der politische und kirchliche Sinn geht allzuhäufig in dem privatrechtlichen Egoismus unter; die Meisten besitzen so wenig von jenem, daß sie die kleinste Beschränkung ihrer Privatrechtssphäre durch politische und kirchliche Rücksicht als eine feindselige Last empfinden.

Das Verhältniß des Menschen zu dem Staat und zu den politischen Corporationen, aus denen er besteht, ist in Absicht auf die Frage der Angehörigkeit ein doppeltes:[1]

1) Mitgliedschaft, Civität, Staatsbürgerrecht, Gemeindebürgerrecht. Davon gilt das oben Bemerkte.

2) Verhältniß zu dem Territorium des Staats oder der Gemeinde. Dieses kann sein bloßer Aufenthalt und sein Domicilium begründen. Beides ist auch für das Privatrecht von mannichfacher Bedeutung, besonders das letzte. Das Domicil macht zum incola (unabhängig von der Civität). Dieser Begriff ist hier noch festzustellen.

Domicilium, Wohnort, drückt den juristischen Begriff nicht bestimmt aus. Der Besitz eines Hauses, eines Grundstücks überhaupt ist für den juristischen Begriff des domicilium gleichgültig. Ebenso der des Wohnens und des Aufenthalts. Daher die Möglichkeit eines gleichzeitig mehrfachen Wohnorts im juristischen Sinn, die Möglichkeit des Wohnorts, von dem die Person ausgeschlossen z. B. der relegatus. Es giebt Personen ohne Domicilium: der Vagabund, der in der Veränderung Begriffene.[2]

---

1) (Die vollständigste Darstellung der Lehre von der origo und dem domicilium hat jetzt Savigny, System Bd. VIII. §. 350 ff. geliefert. A. d. H.).

2) (Bei diesen wird auf das frühere Domicilium und in Ermangelung eines solchen auf den Ort der Herkunft gesehen. Letzterer ist die origo im Sinn des neueren Rechts d. h. die Fiction des Wohnsitzes an dem Ort, an welchem der

Domicilium ist der örtliche Mittelpunkt der juristischen Wirksamkeit, sofern er ein dauernder ist. Daraus erklärt sich seine Unabhängigkeit vom Aufenthalt ꝛc. Ein Fall ist noch besonders entschieden: der Studirende hat nicht sein Domicil an dem Ort, wo er sich seiner Studien wegen aufhält (wenn dieser es nicht aus einem andern Grund ist).

Regelmäßig hängt das Domicil von dem Willen der Person ab, es ist domicilium voluntarium.[3] Zur Constituirung des Domicils gehört aber nicht bloß Absicht und Erklärung, sondern auch Ausführung, re et facto transfertur, non nuda contestatione.[4] Die Aufhebung erfolgt durch Aufhebung jener Bedingungen, nicht durch bloße Wohnungsveränderung.

Aber es giebt Fälle, wo ein fremder Wille das Domicil bestimmt, domicilium necessarium. Die Ehefrau hat das Domicil des Mannes, Kinder bei den Eltern. Concessio peculii kann dem Sohn zugleich die Möglichkeit eigener Constituirung des Domicils geben. Staatsdiener haben ihr Domicil an dem Ort der Anstellung, entstehend mit dieser; Soldaten da, wo sie dienen, wenn sie nicht ein anderswo gelegenes und verwaltetes Vermögen besitzen; die an einen bestimmten Ort Verwiesenen an diesem.

Verschiedenheit der Rechte nach dem Gegenstand.

§. 46.

Die Rechte erhalten eine verschiedene Natur durch ihren Gegenstand. Es ist dies die Reaction des Stoffs auf die Form, des Unterworfenen auf die unterwerfende Macht. Jedes Recht hat einen Gegenstand, der vermöge desselben dem Willen unterworfen ist, und der seinen Inhalt bedingt. Dies ist die Nothwendigkeit, welcher das Recht unterworfen ist, und über die es sich nicht hinwegsetzen kann, ohne ein unvernünftiges zu werden. Diese Gegenstände sind Sachen, Handlungen, Personen. Das Recht muß

Vater domicilirt war, das sogenannte domicilium originis, eben so verschieden von der römischen origo d. h. dem durch die Geburt (oder was deren Stelle vertritt) erworbenen Stadtbürgerrecht, wie von dem domicilium, dem durch freie Wahl begründeten Wohnsitz. A. d. H.).

3) L. 27. §. 2. D. ad mun. (50, 1): ubi domicilium habeat existimatione animi est accipiendum.

4) L. 20. D. eodem.

ein Recht an einer Sache darum, daß es dieses ist, als von dem an einer Handlung, an einer Person wesentlich verschiedenes erkennen. Ebenso muß es allen Rechten an Sachen 2c. etwas Gemeinschaftliches gegenüber den anderen Classen zuerkennen. So ordnet sich der Inhalt des Rechts (und das sind eben die Rechte) in verschiedenen Classen, durch die sich Natur und Behandlung der ihnen zugehörigen Rechte bestimmen. Dies ist die logische Einheit, auf die wir die große Mannigfaltigkeit der Rechte zurückzuführen haben; in diesem System erhalten wir zugleich die obersten Rechtsbegriffe, von denen aus der ganze Rechtskörper zu fassen, zu handhaben und zu regieren ist. Jedes Recht erhält seinen Begriff durch seinen Gegenstand; die erste Frage bei jedem Recht muß auf den Gegenstand gerichtet sein, seine Feststellung giebt die ersten Principien, nach denen das einzelne Recht zu beurtheilen ist.

1) Es giebt fünf Classen von Gegenständen. Diese entstehen aus jenen dreien, indem die dritten nicht bloß wie die zwei ersten als äußere möglich sind, sondern auch in dem Berechtigten selbst gedacht werden können: Personen außer dem Berechtigten, Personen in dem Berechtigten. Dieser letzte Fall scheidet sich wieder in zwei: die eigene Person des Berechtigten und eine ursprünglich fremde, die er aber in sich aufgenommen hat. Also Sachen, Handlungen, Personen außer dem Berechtigten, Personen, die in ihn übergegangen sind, die eigene Person.

2) Hiernach giebt es fünf Classen von Rechten.

1. Classe: Rechte an der eigenen Person, sie stehen an der Spitze, sie sind ihrem Inhalt nach die Voraussetzung der anderen. Das Recht an der eigenen Person ist das Recht der Persönlichkeit, die Persönlichkeit ist selbst ein Recht insofern der Mensch sich ihrer bewußt wird, sie will, und darin selbstständig geschützt wird. Ein zweites kommt hinzu durch die Thätigkeit der Person auf die Außenwelt, Unterwerfung von Sachen; diese Unterwerfung läßt sich als eine factische auffassen, Besitz. Auch diese factische hat schon eine rechtliche Bedeutung durch die Persönlichkeit des Besitzers. Dies ist der Charakter des Besitzrechts.

2. Classe: Rechte an Sachen. Die Unterwerfung der Sache geht aus dem Besitz in das Eigenthum über, wenn sie eine rechtliche, d. h. für sich durch das Recht anerkannt ist. Zu dem Eigenthum kommen andere Rechte an Sachen, iura in re aliena hinzu.

3. Classe: Rechte an Handlungen. Dem Eigenthum ist eine Bewegung bestimmt, die Veränderungen in demselben werden rechtlich gestaltet und vorbereitet durch die Obligationen, deren Gegenstand eine Leistung, also die Handlung einer andern Person ist, aber eine Handlung, die einen Sachwerth hat, und darin besteht der innere Zusammenhang dieser mit der vorigen Classe.

4. Classe: Rechte an Personen außer dem Berechtigten. Diese Gestalt nehmen die Familienverhältnisse an: Ehe, elterliches und Kindesverhältniß.

5. Classe: Rechte an Personen, die in den Berechtigten übergegangen sind. Diese Gestalt nimmt die Erbfolge an, das Erbrecht enthält eine vermögensrechtliche Repräsentation des Erblassers durch den Erben, Recht am Vermögen. Dieselbe Rechtsform kommt noch für einige andere Güterübergänge vor.

3) Die Unterwerfung des Gegenstandes läßt sich als eine totale (wobei der Gegenstand in der Unterwerfung völlig aufgeht) und partielle denken. Bei der ersten Classe tritt dieser Unterschied noch nicht hervor. Bei der zweiten ist er vollkommen ausgebildet, beide neben einander. Bei den übrigen ist die Unterwerfung nur eine partielle, der Gegenstand läßt keine totale zu.[1]

---

1) (Die vom Verfasser wiederholt (Kleine Schriften Num. XIII—XV., Cursus der Inst. II. §. 207) vertheidigte, auch im Text festgehaltene Classification der Rechte nach den Objecten ist zur Grundlage des Systems um nichts geeigneter, wie jede andere Gliederung, die nicht von der inneren, durch das Object nur theilweise bestimmten Verschiedenheit der Rechte, sondern von irgend einem äußeren Beiwerk derselben ausgeht z. B. die Classification nach den Subjecten, mittels welcher man unter andern das deutsche Privatrecht in ein Adels-, Bürger-, Bauern-, Landwirthschafts-, Handelsrecht u. s. w. aufgelöst hat.

Es ist noch nicht ihr größester Uebelstand, daß sie sich nicht einmal durchführen läßt z. B. in der zweiten Classe, deren iura in re aliena (Nießbrauch, Pfandrecht) an allen Vermögenselementen (res in diesem Sinne, omnia bona, die man mit Sachen nicht verwechseln darf) denkbar sind. Sie führt 1) in der ersten Classe zu einer willkührlichen Verbindung der politischen Freiheit (status), welche eine allgemeine Voraussetzung aller Privatrechte ist, mit der Willensfreiheit (Besitz), welche ein faktisches Correlat aller (absoluten) Rechte außer den Obligationen bildet, 2) in der vierten Classe zu einer Auffassung der Familienverhältnisse als Machterweiterung der Person (statt der richtigen: Ergänzung der Individualität), welche eine principielle Unterscheidung von den Obligationen unmöglich macht, 3) in der fünften Classe zu einer künstlichen und verwirrenden Behandlung des Erbrechts, s. u. §. 447.

Die allein berechtigte Classification nach der actio, worunter aber wohlgemerkt wiederum nicht die äußere Zugabe der Klage, sondern das streitbare Recht selbst (also z. B. auch die klaglose Obligatio) zu verstehen ist, hat schon im röm. Recht Anerkennung gefunden, s. z. B. L. 3. C. de praescr. XXX. ann. (7,39).

Drittes Kapitel.

Die Entstehung und Endigung der Rechte.

Allgemeines.

§. 47.

Zur Existenz eines Rechts gehört 1) dessen Begründung durch eine Rechtsvorschrift, 2) ein Gegenstand, der vermöge desselben unterworfen ist, 3) eine Person, der das Recht zusteht. Erst durch das Hinzutreten eines Berechtigten ist das Recht entstanden. Entstehung ist daher Erwerb durch eine Person. Dieser Erwerb kann von doppelter Art sein, Erwerb eines vorher noch nicht vorhandenen Rechts, Erwerb eines bisher einem Andern zuständigen Rechts.

Dieser Unterschied fällt unter eine höhere Unterscheidung der Entstehung, die zu den einflußreichsten Rechtsbegriffen gehört.

Die Erwerbung kann

1) unabhängig von dem Recht eines Andern sein. Ich erwerbe, mag ein Anderer ein Recht an dem Gegenstand haben oder nicht, ja manche dieser Erwerbungen setzen das letztere sogar als ein Erforderniß voraus [so unabhängig ist die Erwerbung von dem Rechte eines Andern, z. B. die occupatio, die nur dann ein Recht erzeugt, wenn die occupirte Sache herrenlos ist; ebenso die usucapio, die den Erwerb des Rechts vermittelt nicht weil, sondern obgleich ein Anderer berechtigt ist]. Originäre Erwerbung, unvermittelt durch das Recht eines Andern.

2) abhängig von dem Recht eines Andern, so daß dieses eine Voraussetzung des Erwerbs ist. Das erworbene Recht leitet sich von jenem ab (derivativer Erwerb), der Andere ist der auctor

---

Sie scheidet 1) vor Allem die Rechte selbst (actiones im engeren Sinn) von dem Besitz (interdicta); 2) dann jene weiter a) in die sogenannten Rechte an Sachen (in rem speciales actiones, dingliche Rechte), b) die Rechte an Handlungen (personales, actiones im engsten Sinn, Obligationen), c) die Familienverhältnisse (praeiudiciales de statu actiones) und d) die Rechte am Vermögen (de universitate actiones, Erbrecht); 3) endlich die Obligationen insbesondere a) in Delictsobligationen (poenales, noxales actiones), b) Geschäftsobligationen (actiones, quibus rem persequimur), diese wieder in einseitige (condictiones) und doppelseitige (bonae fidei actiones), und letztere in zufällig (directae, contrariae) oder nothwendig gegenseitige (utrimque directae), und bewährt sich demnach als ein bis ins Einzelne durchgreifender Theilungsgrund. A. d. H.).

des Erwerbers, s. Note c. Unter diesen Begriff fällt der überaus wichtige der Succession, der jedoch nicht der einzige Fall ist. Es kann jenes Erforderniß eintreten, und das erworbene Recht nicht identisch mit dem des Auctors sein, dieser giebt nur einen besondern Bestandtheil seines Rechts ab, z. B. der Eigenthümer bestellt eine Servitut, ein Pfandrecht. Auch dies ist derivativer Erwerb, und steht unter jener Regel (der Note c), aber keine Succession. Succession ist der derivative Erwerb, wenn das erworbene Recht dasselbe ist, wie das des Auctors, der Erwerb ist ein Eintritt in die Stelle des Auctors, das Recht des Auctors geht vollständig über auf den Erwerber (Successor). In dem Begriff der Succession liegen zwei Momente:

1) Erwerbung eines Rechts, das bisher ein Anderer hatte. Dies ist noch nicht hinreichend zum juristischen Begriff der Succession, es findet sich auch bei dem originären Erwerb, z. B. Usucapion, Besitzübergang (der Besitzerwerb ist nie eine Succession).

2) Eintritt in die Stelle des früher Berechtigten, der vermöge eines juristischen Verhältnisses zwischen dem Erwerber und dem Auctor geschieht. Dann geschieht es, daß der Erwerber dasselbe Recht erwirbt, wie es der Auctor hatte, nicht bloß das gleiche, aber ein neues [z. B. der Käufer überkommt durch den Kauf das Recht des Verkäufers an der Sache; während der Usucapient zwar das gleiche Recht erwirbt, wie es der frühere Eigenthümer hatte, aber doch ein neues, das mit jenem in keiner juristischen Verbindung steht].

Die Succession ist entweder Singular- oder Universalsuccession. Die erste ist der Eintritt in einzelne Rechte, die zweite in die Persönlichkeit des bisherigen Berechtigten, nämlich in die vermögensrechtliche Persönlichkeit, denn blos bei dieser findet eine solche Succession statt, also Eintritt in die Gesammtheit des Vermögens. Es giebt Rechte, bei denen gar keine Succession möglich ist, Rechte, bei denen nur eine Universalsuccession stattfindet.

Wirksamkeit des Rechts setzt natürlich seine Entstehung voraus. Dies hat eine Ausnahme, wenn die Entstehung schon begründet ist, abgesehen von einer Bedingung, welche seine wirkliche Existenz noch unentschieden macht. Diese Unentschiedenheit bewirkt, daß jetzt noch nicht von einer Existenz des Rechts die Rede sein kann. Dessenungeachtet ist eine Geltendmachung bedingter Rechte überall zuläßig, wo Sicherung dringendes Bedürf-

niß ist. Darauf hat man die Eintheilung in gegenwärtige und zukünftige gebaut.

Auf der andern Seite ist Existenz ohne Wirkung nicht denkbar, daher, wenn ein Umstand eintritt, welcher dem Recht seine Wirkung gänzlich und definitiv entzieht, das Recht selbst als aufgehoben betrachtet werden muß. Wenn es auch vielleicht direct nicht aufgehoben ist, so ist sein Dasein doch nur ein Scheindasein.[1] Dagegen kann die Wirkung aufgeschoben sein, namentlich kann ein Recht existiren, und der Zeitpunkt seiner Geltendmachung noch nicht gekommen sein, z. B. ein Schuldner schuldet in diem.

§. 48.

Die Thatsache, mit der die Folge der Entstehung oder Endigung eines Rechts verknüpft ist, heißt Erwerbsart, Endigungsgrund. Jemehr diese Thatsache in die Erscheinung fällt, desto erkennbarer wird die Entstehung und Endigung der Rechte, desto mehr wird also auch die Untersuchung der Existenz des Rechts durch den Richter erleichtert. Großentheils besteht sie in einem bestimmten Act; hier läßt sich nun diese Erleichterung durch Festsetzung einer angemessenen Form gewinnen. Allerdings aber giebt es auch andere Ereignisse, mit denen das Recht diese Folge verknüpft, Ablauf einer gewissen Zeit, Erreichung eines gewissen Alters, Eintritt eines gewissen Zustandes ꝛc.

Es giebt keine allgemeinen Entstehungs- und Endigungsarten [abgesehen natürlich von der Aufhebung der Persönlichkeit als Trägerin der Rechte], wohl aber gewisse allgemeine Momente gewisser Arten, so namentlich derer, die in einer Handlung oder die in einer Zeit bestehen. Davon wird in den folgenden §§. die Rede sein.

Vergl. noch das Lehrbuch, insbesondere Note f über die res merae facultatis, welche man so genannt hat, weil es in dem reinen Belieben des Berechtigten stehe (ohne nachtheilige Folgen für ihn zu haben), das Recht auszuüben oder nicht.

Verzicht ist ein reines Aufgeben, das nicht mit einem weiteren Inhalt verbunden ist. Die Behauptung der Note h d. Lehrb., daß es keine allgemeine Lehre vom Verzicht gebe, gilt vom gemei-

---

1) L. 66. D. de R. J. (50, 17).

nen Recht.[1] Particularrechte haben zum Theil Sätze allgemeiner Natur aufgestellt, z. B. nach Preußischem Landrecht ist kein stillschweigender Verzicht möglich. Dabei muß man dann den Begriff des Verzichts genau festhalten. Und hier werden dann oft Schwierigkeiten der Anwendung entstehen, namentlich durch Herbeiziehung von Entsagungen, die mit positivem Inhalt verbunden sind.

Handlungen als Entstehungs- und Endigungsarten von Rechten.

§. 49.

Ueber den Begriff der juristischen Handlungen, und der Rechtsgeschäfte insbesondere, sodann über die Erfordernisse s. das Lehrbuch.

Diese allgemeinen Begriffe werden in den folgenden §§. zur Anwendung zu bringen sein.

Subject der Handlung.

Handlungsfähigkeit.

§. 50.

[Handlungsfähigkeit ist die Fähigkeit, durch seine Handlungen juristische Wirkungen hervorzubringen (natürliche Wirkungen kann jede Handlung haben), sie ist demnach von der bloßen Rechtsfähigkeit, die sie natürlich zur Voraussetzung hat, wohl zu unterscheiden].

Die Handlungsfähigkeit hängt von drei Erfordernissen der juristischen Handlung ab: Wille, Entschluß, Aeußerung. In allen drei Beziehungen können Personen von der Möglichkeit einer juristischen Handlung ausgeschlossen sein, indem sie dem einen oder andern Erforderniß nicht genügen können.

---

1) (Versuche einer solchen liefern z. B. Gräbe, die Lehre des Verzichts 1843, Seuffert, Lehrbuch des prakt. Pandekten-R. (3. Aufl. 1852) §. 90. Man rechnet dahin etwa die Regel der Ungültigkeit eines allgemeinen Verzichts ohne einen speciellen. C. 81. de reg. iur. in VI[to] (5, 12): in generali concessione non veniunt ea, quae quis non esset verisimiliter in specie concessurus. L. 4. §. 4. D. si quis caut. (2, 11), L. 3. §. 1., L. 5., L. 9. §. 1. 3. D. de transact. (2, 15). Diese enthält aber nichts als eine Anwendung der allgemeinen Auslegungsgrundsätze §. 66. Note w, x des Lehrbuchs. A. d. H.).

1) Am vollständigsten sind von allen Handlungen ausgeschlossen, Rechtsgeschäften und unerlaubten Handlungen, die Personen ohne Willensvermögen, die Vernunftlosen. Diese Ausschließung ist nicht eine juristische, sondern eine rein natürliche, schon eine natürliche Handlung dieser Personen ist unmöglich. Vor Allem gehören hierher die durch Geisteskrankheit der Vernunft Beraubten, dilucida intervalla ausgenommen. Ebenso zu beurtheilen ist das Delirium im Fieber, der Zustand des Nachtwandelns, Somnambulismus überhaupt. Auch die Trunkenheit kann diesen Grad erreichen. In Beziehung auf Delicte aber erleidet dies eine Modification dadurch, daß das Sichversetzen in diesen Zustand selbst eine strafbare Handlung ist, der Trunkene ist in diesem Fall hinsichtlich des verübten Delicts wenigstens in Culpa. Zorn kommt in einem Fall als Hinderniß vor, die Verstoßung der Frau soll nicht wirksam sein, wenn die Aeußerung im höchsten Zornaffect geschah. Dies wird allerdings auch auf andere Willenserklärungen (z. B. das Ausschlagen einer Erbschaft) anzuwenden sein, vorausgesetzt eine völlige Besinnungslosigkeit als Folge des Affects. Bei Delicten dagegen ist der Zorn kein Hinderniß. Daher ist die Bestimmung ziemlich unpraktisch, weil die Möglichkeit, das Aeußerliche eines Rechtsgeschäfts vorzunehmen, der Annahme eines so hohen Zorngrads gemeiniglich widersprechen wird.

Den Wahnsinnigen vollkommen gleichgestellt sind die infantes. In den ersten Lebensjahren fehlt die ausgebildete Vernunft, die für einen entschiedenen Willen, wie der rechtliche, vorausgesetzt wird. Auch diese Unfähigkeit der Kinder ist an sich eine natürliche, eine juristische Zuthat liegt nur darin, daß dieser Zustand schlechthin auf eine bestimmte Zahl von Jahren bestimmt wird.

Endlich juristische Personen. Dies gilt nicht bloß für universitates bonorum, sondern auch für universitates personarum, denn auch der Wille aller Glieder wäre nicht der Wille der juristischen Person. Die Glieder können nur die Eigenschaft von Repräsentanten haben (§. 53).

Alle diese Personen können also nur durch Stellvertreter in den rechtlichen Verkehr eingreifen. Natürlich nur in Beziehung auf Rechtsgeschäfte, für Delicte giebt es keine Stellvertretung. Daraus ergiebt sich, daß von dem Delict einer juristischen Person nicht die Rede sein kann. Man ist nur dadurch irre geworden,

daß man die Handlung aller Glieder für eine Handlung der juristischen Person selbst gehalten hat. Daher ist keine Delictsklage gegen eine juristische Person möglich.[1] Etwas anderes ist, daß sie aus dem Dolus ihrer Repräsentanten haftet, so weit sie dadurch bereichert ist.[2] Dies ist keine Delictsklage, sondern eine Verpflichtung ex re, ohne Handlung, die auch bei einem Handlungsunfähigen ebendeshalb möglich ist. Die Stelle sagt selbst: quid enim municipes dolo facere possunt?

2) Theilweise handlungsunfähig (beschränkt in der Handlungsfähigkeit) sind Personen, die des Verstandes und der Einsicht in die rechtliche Bedeutung der Handlungen nicht oder nicht in dem Grade mächtig sind, der für ihre Gültigkeit vorausgesetzt werden muß: unfähig zu den Handlungen, bei denen auf diese Einsicht ein Gewicht zu legen ist.

Zu diesen gehören vor allem die impuberes infantia maiores. Sie sind beschränkt a) in Beziehung auf Rechtsgeschäfte. Sie sind unfähig der Veräußerungs- und Verpflichtungsgeschäfte, also der Geschäfte, die eine Minderung des Vermögens in sich schließen, bei denen ihnen also jener Mangel nachtheilig werden kann. Es giebt eine Anstalt, welche diese mangelnde Handlungsfähigkeit ergänzt. Diese Kraft ist der förmlichen Ermächtigung des Unmündigen zu der Handlung durch einen Tutor, tutoris auctoritas, gegeben (§. 347), durch diese erhält die natürliche Handlung des Pupillen rechtliche Bedeutung, was bei furiosi und infantes nicht denkbar ist. Mit dieser Auctoritas kann der Unmündige, der einen Tutor hat (also sui iuris ist), alle jene Handlungen vornehmen; ohne sie wird er nur verpflichtet, so weit er bereichert ist, denn dies ist eine Verpflichtung ex re, welche durch die Handlungsunfähigkeit nicht gehindert wird. Uebrigens ist die Auctoritas wohl zu unterscheiden von dem Fall der Repräsentation durch den Tutor, §. 53 [wo der Pupill gar nicht, sondern für ihn der Tutor handelt]. Nach römischem Recht war es wichtiger als nach heutigem, daß jener Weg, den Pupillen selbst fähig zu machen, offen stand, weil die Repräsentation nicht überall zulässig war, wo sie es nach heutigem ist.

---

1) L. 9. §. 1. D. quod metus (4, 2): sive singularis persona sit, quae metum intulit, vel populus vel curia vel collegium vel corpus, huic edicto locus erit. — Diese Stelle sagt nur, es sei gleich ob singularis persona metum intulit, oder populus, corpus etc., d. h. mehrere natürliche Personen.

2) L. 15. §. 1. D. de dolo m. (4, 3).

Der Erwerbshandlungen dagegen sind die Unmündigen fähig, d. h. reiner, wobei keine Veräußerung oder Verpflichtung concurrirt (darin liegt ein Unterschied von den infantes, welche auch der Erwerbshandlungen wegen des mangelnden Willens unfähig sind). Die unvollkommene Einsicht ist hier unschädlich, s. die Stellen Note e.

Von einer Handlung sind sie noch ausgeschlossen, welche weder unter die eine noch unter die andere Classe gehört, von der Testamentserrichtung. Hier ist eigene Einsicht unbedingt erforderlich, auch keine Auctoritas zulässig.

b) in Beziehung auf unerlaubte Handlungen. Sie sind weder doli noch culpae capaces [daher auch die Delicte der Unmündigen ohne alle Folgen sind]. Eine Auctoritas ist hier natürlich unmöglich. Eine Modification dieses Grundsatzes ist: Ein pubertati proximus ist der unerlaubten Handlungen fähig und wird dadurch verpflichtet. Pubertati proximus ist, wer so nahe an der Pubertät steht, daß bei ihm eine Einsicht in die Rechtswidrigkeit der Handlung vollkommen vorhanden ist. Es ist hier kein Unterschied zwischen dolus und culpa (wenn einer wäre, so müßte man sagen, daß der Unmündige für dolus früher hafte, denn die Verantwortlichkeit für Culpa ist die Ausdehnung, sie ist eine stärkere Zumuthung, als die, nicht dolose zu handeln). Für die Rechtsgeschäfte gilt diese Modification nicht.

Den impuberes gleichgestellt sind die prodigi, welche durch ihre verschwenderische Lebensart denselben Mangel an Einsicht in den Werth der Güter kund gegeben haben. Dazu wird vorausgesetzt ein obrigkeitliches Decret: Prodigalitätserklärung. Jene Gleichstellung hat drei Beschränkungen: a) auf die Rechtsgeschäfte, denn nur für diese ist die mangelnde Einsicht vorhanden [und nur für sie gilt der Satz: prodigi nulla voluntas est], b) es findet keine auctoritas tutoris statt, auch darauf ist die Vergleichung mit furiosi zu beziehen, c) gewisse Rechtsgeschäfte, welche Verpflichtungen und Veräußerungen enthalten, sind ausgenommen, wenn sie vortheilhaft sind, als Ersatz für die Unstatthaftigkeit einer auctoritas.[3] Die Gleichstellung der Prodigi mit den Wahnsinnigen bezieht sich auf die Cura, nicht auf die Handlungsfähigkeit.

---

3) L. 3. D. de novat. (46, 2), L. 5. D. de adqu. hered. (29, 2).

Im älteren Recht wurden auch die Frauen wie Unmündige in Beziehung auf Rechtsgeschäfte behandelt, mit unbedeutenden Abweichungen. Auch bei ihnen war also auctoritas tutoris nothwendig. Im neueren Recht ist dies weggefallen, das Geschlecht macht nicht mehr handlungsunfähig. Nur ganz ausnahmsweise ist ihnen die Fähigkeit zu gewissen Rechtsgeschäften, namentlich Intercessionen, entzogen.

3) Eine theilweise Handlungsunfähigkeit kann auch das dritte Erforderniß der Handlungen, die Willensäußerung, veranlassen. Diese ist größtentheils eine rein natürliche, welche nur so weit reicht, als die natürliche Unmöglichkeit. Dieses Hinderniß ist denkbar bei Delicten (z. B. der an allen Gliedern Gelähmte wird keinen Raubmord begehen können, außer durch Anstiftung); ebenso bei Rechtsgeschäften durch die Form derselben (z. B. Abwesenheit, wo Gegenwart erforderlich ist, Stummheit, Taubheit, wo Reden und Hören zur Form gehört). [Hier erstreckt sich die Beschränkung der Handlungsfähigkeit nicht über die natürliche Schranke hinaus].

Aber es giebt auch eine hierher gehörige Unfähigkeit, welche auf juristischen Gründen beruht, die Unfähigkeit der Unmündigen zu gerichtlichen Handlungen (Mangel der persona standi in iudicio) abgesehen von dem Inhalt der Handlung. — Aber auch hier ist Ergänzung durch auctoritas tutoris möglich, die natürlich bei jenen rein natürlichen Unfähigkeiten nicht denkbar ist.

Dispositionsbefugniß.

§. 51.

Die Rechtsgeschäfte enthalten eine Verfügung über einen gewissen Gegenstand. Dadurch wird die Dispositionsbefugniß ebenfalls ein Erforderniß der Gültigkeit und Wirksamkeit dieser Handlungen, der Gegenstand muß in dem Bereich der rechtlichen Einwirkung des Handelnden liegen.

Diese Dispositionsbefugniß kann ausgeschlossen sein

1) durch die Eigenschaft des Gegenstandes überhaupt, wenn dieser überall der Privatdisposition entzogen ist. Solche Gegenstände sind vor allem die Rechtssätze selbst (ius publicum in diesem Sinn), diese können durch Privatwillen nicht verändert werden. Jedes Rechtsgeschäft, das eine solche Veränderung involviren

würde, ist ungültig: ius publicum privatorum pactis mutari non potest. Wenn daher ein Rechtssatz etwas schlechthin gebietet oder verbietet, so hat kein Rechtsgeschäft die Wirkung, das Gegentheil zulässig zu machen [z. B. jeder Vormund ist gesetzlich zur Rechnungslegung verpflichtet, daher kann er durch keine Privatdisposition von dieser Pflicht befreit werden, es giebt keinen tutor aneclogistus]. Aber auch andere Rechtssätze können nicht verändert werden in ihren Voraussetzungen 2c., z. B. der Erblasser kann nicht das beneficium inventarii geben durch Erlaß des Inventars, kein Erblasser kann eine Intestaterbfolge im Testament festsetzen. Mit andern Worten Rechtsgeschäfte können keine Rechtssätze machen, sondern nur Rechte geben. (Eine Modification dieses Grundsatzes wird durch das Recht der Autonomie bewirkt, s. oben §. 11).

Auch Sachen giebt es, die der Privatdisposition entzogen sind, die res quarum commercium non est. Auch dergleichen im Eigenthum einer Gemeinde befindliche Sachen können nicht zum Gegenstand willkührlicher Verfügung dieser gemacht werden, sie müssen erst ihre Eigenschaft als res in publico usu, oder sanctae verlieren, und dies kann nur durch die gesetzgebende Gewalt geschehen.

2) durch das Verhältniß des Disponirenden zu dem Gegenstand. Der Gegenstand muß der Disposition dieses Subjects unterworfen sein. Rechtsgeschäfte können nicht die Wirkung haben, fremde Rechte zu beeinträchtigen.

Aus diesem Grund können Verträge über fremde Sachen unwirksam sein. Die sich auf fremde Sachen beziehenden Verträge sind zwar nicht schlechthin unwirksam (z. B. Besitzübertragung, Verpflichtung sie zu prästiren). Wohl aber ist keine Eigenthumsübertragung (wofern nicht ein anderes Recht dazu berechtigt), keine Servitutenbestellung, keine Verpfändung mit der Wirkung des Pfandrechts 2c. an fremden Sachen möglich.

Das Hinderniß, welches in dem Recht eines Andern liegt, kann (sofern er es aufgeben kann) durch seine Zustimmung, Consens, gehoben werden. Ein solcher Consentient ist Nebenperson, nicht Hauptperson bei den Rechtsgeschäften Anderer, zu denen er consentirt. Er muß die Wirkung, welche das Rechtsgeschäft durch seinen Consens erhält, anerkennen, keineswegs übernimmt er sonstige Verbindlichkeiten aus demselben, z. B. der Consentient zu

einem Kauf haftet nicht der actio emti, der zu einer Verpfändung Consentirende nicht der pigneraticia actio contraria.

Dieselbe Wirkung hat auch die nachfolgende Genehmigung, ratihabitio. Und zwar gilt diese Gleichheit der Wirkung auch in Beziehung auf die Zeit. Ihre Wirkung datirt sich nicht von dem Augenblick der Ratihabition, sondern von dem des Geschäfts: omnis ratihabitio retrotrahitur. Dies wird als Wille des Ratihabenten bei dieser Handlung angenommen. Daraus ergeben sich zwei Einschränkungen: 1) wenn er erweislich den entgegengesetzten Willen gehabt hätte, 2) wenn und soweit sein Wille diese Wirkung nicht hervorbringen kann. Er kann durch Ratihabition niemanden ein Recht geben, das er nicht durch sein eigenes Rechtsgeschäft hätte geben können, z. B. der Eigenthümer, der es seit einem halben Jahre ist, kann nicht eine vor einem Jahr von einem Andern geschehene Verfügung ratihabiren.

3) durch die persönliche Stellung des Disponirenden. Diese kann von der Beschaffenheit sein, daß ihm die Verfügung über seine Rechte durch Rechtsvorschrift untersagt ist. Dies ist der Fall bei bevormundeten Personen. Die Bevormundung entzieht dem Bevormundeten die Administration, und damit die Entscheidung über die Vornahme der Rechtsgeschäfte, die dahin einschlagen, die eine Minderung des Vermögens enthalten: Veräußerungen und Verpflichtungen. Wenn der Bevormundete handlungsfähig ist, so entzieht ihm die Vormundschaft nicht diese Fähigkeit, und dies zeigt sich darin, daß er zu dem Act der Handlung selbst keiner Mitwirkung des Vormunds (keiner Auctoritas) bedarf. Aber die Entziehung der Administration bringt ein ähnliches Resultat mit sich, er kann Handlungen der bezeichneten Art nicht ohne die Entscheidung (Consens) des Vormunds gültig vornehmen. Das Hinderniß ist nicht ein Mangel der Handlungsfähigkeit, aber der Dispositionsfähigkeit, und dies führt auf denselben Erfolg.

Nach diesem Princip ist denn auch die Streitfrage über das Hinderniß, das den Minderjährigen die Vormundschaft in ihren Rechtsgeschäften macht, zu entscheiden.

Puberes minores sind vollkommen handlungsfähig, sowohl in Beziehung auf Delicte, als auf Rechtsgeschäfte. Die Möglichkeit der in integrum restitutio bei Rechtsgeschäften enthält keine Modification, denn diese setzt eine gültige Handlung gerade voraus.

Welchen Einfluß hat nun die Bevormundung? Zum Verständniß der Quellen ist es nöthig, daran zu erinnern, daß diese nach römischem Recht willkührlich [der pubes minor erhielt den Vormund nicht gegen seinen Willen, sondern erst wenn er darum bat], erst nach heutigem nothwendig ist. Man hat behauptet, schon im neueren römischen Recht sei die Bevormundung als der häufigere Fall vorauszusetzen. Dieses Factum als solches kann dahin gestellt bleiben. Da sie von Seiten des Minor freiwillig ist, hat es wenigstens nicht die Eigenschaft einer rechtlichen Regel.

Entschieden verliert der bevormundete Minor die Veräußerungsfähigkeit, sofern die Veräußerung auf seinem eigenen Entschluß beruht; er bedarf des Consenses seines Curators.[1] Der Grund ist: weil die Veräußerung ein Theil der Administration ist, die dem Minor genommen, dem Curator gegeben ist.

Alles Bisherige ist unbestreitbar. Bestritten ist die Nothwendigkeit des Consenses bei Verpflichtungen. Die gemeine Meinung ist dafür, eine Anzahl neuerer Juristen dagegen.[2] Die Minores sind der Verpflichtungshandlungen nicht unfähig, sie sind nicht den Impuberes gleichgestellt. Daher ist die Mitwirkung und der Beistand des Curators bei der Abschließung solcher Geschäfte nicht nothwendig, gleich dem Beistand des Tutors bei Impuberes. Dies sagt L. 101. D. de V. O. (45, 1) vergl. mit fr. vat. §. 110: non curatore praesente. Damit ist noch nichts über die Nothwendigkeit des Consenses entschieden, der vorausgehen und nachfolgen kann.

In dieser Beziehung auf den Consens liegt der gemeinsame Fehler der bisherigen Erklärungen der angeführten Stelle [indem Alle das sine curatoribus suis für gleichbedeutend nehmen mit sine consensu curatoris]. Dieser Fehler findet sich 1) bei den Vertheidigern der gemeinen Meinung, welche willkührliche Suppositionen machen, um diese Stelle damit zu vereinigen [z. B. diese Stelle handle von Geschäften, die nicht das Vermögen betreffen — aber die lex spricht ausdrücklich von Obligationen: ex stipulatu obligari], oder durch grundlose Emendationen zu helfen suchen [non possunt, freilich die leichteste Beseitigung des Wi-

---

1) L. 3. C. de in integr. rest. minor. (2, 22).

2) Marezoll, Zeitschr. für Civilr. II. 12. (1829), v. Savigny in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. X. S. 287 ff., Rudorff, Recht der Vormundsch. S. 284 ff., v. Vangerow, Leitfaden I. S. 463 ff.

derspruchs]; 2) bei den Anhängern der entgegengesetzten Meinung, deren Hauptgrund, im Grunde der einzige, diese Stelle ist, während die übrigen Gründe kaum scheinbar zu nennen sind (s. Note d des Lehrbuchs a. E.). [L. 101 enthält aber gar nichts vom Consense der Vormünder, sondern spricht von der Gegenwart derselben bei den Rechtsgeschäften der Mündel und sagt eben hiervon, daß der Minor nicht nöthig habe, den Vormund bei Abschließung des Geschäfts hinzuzuziehen].[3]

Die gemeine Meinung stellt sich aus inneren und äußeren Gründen als die einzig haltbare dar.

1) Innere Gründe. Die Entscheidung über Verpflichtungen ist ein Bestandtheil der Administration so gut als die über Veräußerungen. Auch bei der Handlungsfähigkeit werden Veräußerung und Verpflichtung immer zusammengestellt, z. B. beim Prodigus.[4] Eine Trennung beider wäre höchst unpassend. v. Savigny hat dafür angeführt, bei Verpflichtungen sei noch nichts entzogen, da sei die in integrum restitutio vollkommen ausreichend. Aber die in integrum restitutio ist ein sehr beschränkt zulässiges Rechtsmittel. Gerade umgekehrt kann man sagen, hier ist leichter Gefahr, daß der Verletzte die Restitutionszeit verstreichen läßt, als wo er schon etwas entbehrt oder vermißt. Dazu kommt, der Realität nach ist auch die Verpflichtung eine Veräußerung, das Geschuldete vermehrt nicht mehr das Vermögen, dieses wird durch die Verpflichtung gemindert. Es wäre unweise gewesen, wenn die römischen Juristen sich an die äußere Form gehalten und die Realität vernachlässigt hätten.

---

3) (Ich muß die im Text befolgte gemeine Meinung fortwährend bestreiten. In L. 101 cit. heißt es: puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari, in fr. vat. §. 110: P. respondit etiam post nuptias copulatas dotem promitti vel dari posse, sed non curatore praesente promitti debere, sed tutore auctore. Paulus erklärt also zur datio dotis, die ein Veräußerungsgeschäft ist, die Mitwirkung des Curators für nothwendig; zur promissio dotis, die als ein Verpflichtungsgeschäft zum Ressort des auctorirenden Geschlechtstutors gehörte, findet er nicht blos die Gegenwart (denn der abwesende Curator würde noch weniger auctoriren können), sondern jede Theilnahme des Curators überflüssig, weil durch die promissio nicht das dem Curator untergebene ererbte Vermögen, sondern lediglich die Person der Frau verpflichtet wird. Da nun im Justinianischen Recht auch die auctoritas des tutor wegfällt, so folgt, daß die Minderjährige sich jetzt ohne jede vormundschaftliche Mitwirkung verpflichten kann, mithin in L. 101 cit. der Consens und keineswegs blos die Gegenwart des Curators verneint werden soll, auf die ja bei dem consensus curatoris ohnehin nie etwas ankam. A. d. H.).

4) L. 6. D. de V. O. (45, 1).

2) Aeußere Gründe, Entscheidungen des geschriebenen Rechts. Der Consens ist nothwendig a) bei der Arrogation (seit Claudius); dies entscheidet nicht, b) bei Veräußerungsverträgen auch hinsichtlich der Verpflichtungen daraus, s. die erste Stelle der Note d,[5] wo der Minor mit dem Prodigus verglichen wird, c) bei Führung von Processen, offenbar auch wegen der Verpflichtung, d) beim Dotalversprechen, das man im Hinblick auf den favor dotis wohl nicht ungünstiger behandelt haben würde, als ein anderes, e) beim Erbschaftsantritt; dies aus keinem anderen Grund, als weil stets eine Verpflichtung damit verbunden ist. Dies ist vollkommen entscheidend.[6]

Oben war von der Ratihabition eines Dritten die Rede, dessen Recht ein Hinderniß der Wirkung eines Rechtsgeschäfts ist. Wenn das Hinderniß in der Person des Handelnden selbst lag, so ist auch hier eine nachfolgende Ratihabition denkbar, die also von dem Handelnden selbst ausgeht, und dadurch von jener sich unterscheidet, z. B. der Minderjährige ratihabirt das ungültige Geschäft nach erlangter Großjährigkeit, der Wahnsinnige nach erfolgter Genesung ꝛc. Wird auch diese Ratihabition retrotrahirt?[7] Unterscheide, ob das Geschäft nichtig war oder nur anfechtbar. Im ersten Falle findet entschieden keine Retrotraction statt, es fehlt nicht dies, sondern an dem Anknüpfungspunkt der früheren Wirkung. Die Ratihabition ist in der That neue Schließung des Geschäfts, mit allen Erfordernissen und mit der Wirkung der gegenwärtigen Schließung.

Im zweiten Fall kann man allenfalls sagen, es finde Retrotraction statt, nur ist das nicht der eigentliche Ausdruck der Sache, z. B. das Geschäft ist der in integrum restitutio unterworfen, oder wegen Zwangs anfechtbar, s. unten. Das wahre Verhältniß ist dieses. Das Geschäft ist gültig, seiner Wirkung steht nur das Recht der Anfechtung entgegen. Dieses Recht fällt durch die Ratihabition weg, also ist natürlich zu entscheiden, daß das Ge-

5) L. 3. C. de in integr. restit. minor. (2, 22).

6) Vgl. noch Beilage II. (Daß diese Fälle a, c bis e als Ausnahmen zu betrachten sind, ergiebt sich 1) aus der geflissentlichen Interpolation des consensus curatoris für die im älteren Recht erforderliche auctoritas eines speciellen Geschlechtstutors, gegenüber der allgemeinen in L. 101. D. de V. O. (45, 1) aufgestellten Regel, 2) aus dem praktischen Bedürfniß: die Vernichtung aller gewöhnlichen Verpflichtungen des täglichen Verkehrs (ex stipulatu) würde einer Interdiction gleich kommen L. 24. §. 1. D. de min. (4, 4). A. d. H.).

7) Vergl. Note c des Lehrbuchs a. E.

schäft wirksam ist, wie wenn die Möglichkeit der Anfechtung nie entgegengestanden hätte.

In der Mitte zwischen beiden Fällen steht der einer Schenkung des Vaters an die Kinder in seiner Gewalt, oder unter Ehegatten. Die Schenkung ist nichtig, aber Convalescenz möglich durch den Tod ohne Revocation, oder mit ausdrücklicher Bestätigung. Hier wird nun nach Justinian[8] die Nichtigkeit wie bloße Revocabilität behandelt, es findet also Retrotraction statt. Die vorhin gegebene Regel von der Nichtigkeit wird dadurch nicht aufgehoben, sondern vielmehr ausdrücklich bestätigt. Wenn die Schenkung noch aus einem anderen Grund ungültig ist, so wegen mangelnder Insinuation, so kann auch dieser durch letztwillige Bestätigung beseitigt werden, aber es soll insoweit die Wirkung erst von der Bestätigung datirt werden.

Handlung durch Stellvertreter.

§. 52.

Kann man Handlungen durch Stellvertreter vornehmen, mit derselben Wirkung, wie wenn der Repräsentirte selbst sie vorgenommen hätte? Diese Frage entsteht vor allem für Handlungsunfähige, für welche die Repräsentation die einzige Möglichkeit einer Handlung darbietet, ebenso aber auch bei Handlungsfähigen, da auch diese in dem Fall sein können, aus natürlichen Gründen von der eigenen Vornahme abgehalten zu sein, z. B. wegen Abwesenheit oder sonstigen Verhinderungen, vielleicht auch aus Rücksicht auf die größere Geschicklichkeit des Repräsentanten.

Die Frage entsteht vor allem nur für Rechtsgeschäfte, in Delicten ist keine Repräsentation. Der Auftrag, ein Delict zu begehen, ist selbst das Delict (der Auftraggeber ist intellectueller, der Beauftragte physischer Urheber), und auch abgesehen davon ist Niemand in der Stellung, im Namen eines Anderen eine unerlaubte Handlung vorzunehmen.

Bei Rechtsgeschäften aber sind zwei Fälle auszuscheiden, worin keine Repräsentation enthalten ist. Die Repräsentation besteht nämlich darin, daß der Handelnde für eine andere Person handelt, für welche diese fremde Handlung wie eine eigene gilt.

---

8) L. 25. C. de don. inter vir. et ux. (5, 16).

Keine Repräsentation ist es 1) wenn die Thätigkeit nicht Vornahme eines Rechtsgeschäfts, sondern nur Ueberbringung, Mittheilung eines fremden Willens ist. Daher ist der Bote nicht Repräsentant. Das mit Hülfe eines Boten geschlossene Geschäft wird von dem Absender in eigener Person geschlossen.

2) Wenn der Handelnde zwar ein Geschäft schließt, aber nicht für den Andern, für den es zwar eine Wirkung haben kann, aber nicht die, als eigene Handlung zu gelten, z. B. Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit, wodurch der bisherige Schuldner befreit wird. Ebenso Zahlung, der Schuldner wird frei, wie wenn er selbst gezahlt hätte, aber er gilt darum nicht als ein selbst Zahlender; anders wenn er den Auftrag dazu gegeben hat.

Die Möglichkeit der Repräsentation ist offenbar ein künstliches Institut, das für die Sicherheit und Gewißheit der Rechtsverhältnisse nicht ohne bedenkliche Folgen sein kann. Einmischung von Mittelspersonen dient nie zur besseren Verständigung. Der natürliche Standpunkt, den ein Recht in dieser Beziehung einnehmen kann, ist daher das Princip, wer durch Handlungen erwerben oder verpflichtet werden soll, muß diese Handlung selbst vornehmen. Soll ein Anderer diesen Erwerb rc. vermitteln, so kann dies so geschehen (vorausgesetzt, daß das Verhältniß dem nicht widerspricht), daß er selbst in das Rechtsverhältniß eintritt, und nachher eine Uebertragung an den Dominus stattfindet, wie z. B. beim Eigenthumserwerb (eine eigentliche Repräsentation wäre dagegen, wenn das Recht nicht durch den Repräsentanten hindurchzugehen brauchte). Dieses Princip, wonach eine Repräsentation eigentlich nicht zulässig ist, hat das römische Recht. Aber es hat da Modificationen zugelassen, wo ein unausweichliches Bedürfniß sie forderte (und diese Bedürfnisse werden sich bei vorschreitender Cultur und auch schon bei Ausdehnung eines Staates vermehren).

Es giebt aber Verhältnisse, welche die Nothwendigkeit einer Repräsentation in sich tragen. Dies ist der Fall bei einer Gewalt, wenn diese den Inhalt hat, daß der Unterworfene dem Gewalthaber erwirbt. Wenn hier auch ein Erwerb durch den Repräsentanten angenommen wird, so hat dies doch vermöge jenes Rechtssatzes die unmittelbare Folge des Erwerbs des Repräsentirten. Auf diesen Fall bezieht sich daher jene die Repräsentation beschränkende Regel nicht. Diese wird vornehmlich wirksam bei

den Repräsentationen, welche auf dem freien Willen, auf der Wahl des Repräsentanten beruhen.

Drei Classen von Fällen sind in Beziehung auf die Statthaftigkeit einer Repräsentation (insbesondere also einer freien) zu unterscheiden.

1) Vollkommene Repräsentation. Diese besteht darin, daß durch das Geschäft des Repräsentanten unmittelbar das dadurch bewirkte Verhältniß in dem Dominus hervorgebracht wird, ohne erst durch den Repräsentanten hindurchzugehen. Diese ist die Ausnahme von jenem Grundsatz. Das römische Recht läßt sie nur zu bei dem Besitzerwerb, und mit diesem bei dem Rechtserwerb, der davon abhängig ist, z. B. Tradition als Eigenthumserwerb. Dieser Satz wird so ausgedrückt: die naturalis adquisitio sei durch freie Repräsentanten zulässig. Der Ausdruck ist nur scheinbar ein allgemeiner, es ist nichts damit gemeint, als jenes. Auch den Erwerb der bonorum possessio, und auch unter gewissen Umständen der hereditas (nämlich bei schlechthin Handlungsunfähigen) hat man dahin gestellt. Justinian hat noch einen einzelnen Fall, die unmittelbare Erwerbung eines Pfandrechts durch Vertrag des Procurators,[1] hinzugefügt.

Im heutigen Recht ist durch unzweifelhafte Praxis diese vollkommene Repräsentation noch weiter ausgedehnt. Jede Erwerbung des Eigenthums durch Handlung ist auf diesem Wege möglich (mit Ausnahme der Erwerbung durch Civilerbrecht außer gewissen einzelnen Fällen [wo schon das römische Recht nachgiebt: beim Erwerb der Erbschaft durch den Vater oder den Vormund des Infans und durch die Beamten einer juristischen Person]), ferner der Erwerb der iura in re.

2) Unvollkommene Repräsentation. Diese besteht darin, daß das Rechtsverhältniß durch den Repräsentanten hindurchgeht, und erst von ihm durch eine Uebertragung oder was deren Stelle vertritt an den Repräsentirten kommt. Nach römischem Recht ist bei den civiles adquisitiones, die nicht unter 1) fallen, nur diese unvollkommene Repräsentation statthaft mit Ausnahme der nothwendigen Repräsentation (s. oben). [So konnte die Mancipation nur geschehen dadurch, daß sich der Repräsentant die Mancipia übertragen ließ und hernach an den Auftraggeber selbst übertrug].

---

1) S. L. 2. C. per quas pers. (4, 27), vergl. L. 11. §. 6. D. de pign. act. (13, 7), L. 21 pr. D. de pignor. (20, 1).

Nach heutigem Recht sind diese Fälle unter die der vollkommenen Repräsentation getreten.

Dagegen gehört nach heutigem Recht noch wie nach römischem hierher die Entstehung der Obligationen (§. 273). Durch den Contract wird der Repräsentant Gläubiger, aber die Forderung geht durch eine (stillschweigende) Cession auf den Repräsentirten über. Nur bei den in potestate Befindlichen ist es anders, sofern sie für den Gewalthaber erwerben, die Forderung entsteht unmitmittelbar in der Person des Letzteren. Auch in Beziehung auf die Verbindlichkeit gilt der Grundsatz, der Handelnde wird Schuldner, und dies ist auch so bei den in potestate Stehenden (weil diese der Schulden fähig sind). Aber aus gewissen Gründen haftet der Repräsentirte dem Gläubiger, so daß dieser den Handelnden und den Dominus zum Schuldner hat.

Einige Juristen haben geglaubt, schon nach römischem Recht wäre bei naturalen obligatorischen Geschäften (z. B. Kauf, Darlehen) eine vollkommene Repräsentation zulässig gewesen, nur nicht bei civilen (z. B. Stipulation), nach heutigem Recht überall, wie dort — so z. B. v. Savigny.[2] Diese Ansicht beruht auf einer unstatthaften Generalisirung jener Regel von naturalem und civilem Erwerb, und auf einem Mißverständniß der L. 53. D. de adquir. rer. dom. (41, 1).[3] Aus den Worten „veluti stipulationem“ wird geschlossen, es erstrecke sich der Gegensatz auch auf die Obligationen. Aber jenes Beispiel ist offenbar eine Interpolation statt mancipatio, dies ergiebt sich 1) aus dem Gegensatz possessio, sonst würde hier auch ein Contract genannt worden sein, 2) aus dem Umstand, daß nicht alle Stipulationen contractus iuris civilis sind, 3) aus einer anderen Stelle,[4] welche die Ausnahme entschieden auf den Besitz beschränkt.

Die Ausschließung der Obligationen von der vollkommenen Repräsentation beruht nicht auf einem besonderen historischen Grund, sondern auf der Natur dieses Rechtsverhältnisses, und diese gilt auch für das heutige Recht.

---

2) v. Savigny, System III. §. 113.

3) Ea quae civiliter adquiruntur, per eos qui in potestate nostra sunt, adquirimus, veluti stipulationem; quod naturaliter adquiritur, sicut est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus.

4) L. 1. C. per quas pers. nobis adquir. (4, 27): Excepta possessionis causa per liberam personam, quae alterius iuri non est subdita, nihil adquiri posse, indubitati iuris est.

3) Gar keine Repräsentation. Dieser Fall tritt ein, wo eine unvollkommene Repräsentation nicht möglich ist, weil ein Durchgang durch die Person des Repräsentanten nicht denkbar ist, und doch auch die vollkommene nicht zugelassen worden ist. Dahin gehört die Erwerbung der hereditas, die Errichtung eines Testaments (dies würde eine vorherige Uebertragung des Vermögens als Gesammtheit an den Repräsentanten [der dann darüber testiren sollte] voraussetzen, die nicht möglich ist), die Einwirkung auf Familienverhältnisse (Adoption, Emancipation, Eheschließung).

Von den Repräsentationsverhältnissen selbst.

§. 53.

1) Gewaltverhältniß. Für den Erwerb ist nur dieses erforderlich, mit Ausnahme des Besitzes (s. §. 130). Der Wille des Gewalthabers muß hinzukommen bei den Veräußerungen und Verpflichtungen, anfänglich oder durch Genehmigung, und dort kann er entweder ein specieller (Befehl), oder genereller (durch concessio peculii) sein.

2) Verhältniß des Erben zum Erblasser. Hierüber das Nähere an den einzelnen Orten.

3) Repräsentationsgewalt bei einer juristischen Person, namentlich Corporation. Diese wird durch die Verfassung derselben bestimmt, durch welche jene Gewalt einem Einzelnen, oder Mehreren, oder allen Gliedern übertragen, oder auch so bestimmt sein kann, daß sie durch Zusammenwirken verschiedener Behörden ausgeübt wird. Der verfassungsmäßige Beschluß gilt als Wille der juristischen Person. Die Ausführung kann durch dieselben oder andere Stellvertreter geschehen, ständige (Beamten) oder unständige. [Der Prozeßführer für eine juristische Person heißt actor].

Bei der natürlichen Repräsentation durch die Glieder der Corporation ist noch folgendes Moment von Einfluß. Bei einer Corporation, welche dauern soll, sind die gegenwärtigen Glieder nur ein kleiner Theil der natürlichen Repräsentanten gegenüber der Zukunft. Die gegenwärtigen Glieder können daher auch in ihrer Gesammtheit keinen Beschluß fassen, der die Fortdauer der Corporation oder die Mittel dieser Fortdauer beeinträchtigt. Hier

ist eine Vertretung der künftigen Glieder durch eine über der Corporation stehende Macht nöthig. Daher sind Veräußerungen von Corporationsgütern, namentlich unbeweglichen nur mit obrigkeitlicher Bewilligung möglich (analog wie bei Bevormundeten). Bei den Gemeinden folgt dies auch aus ihrem Verhältniß zum Staat, als Bestandtheile desselben, der auf ihnen ruht. Ebenso bei Kirchengemeinden gegenüber der Kirche überhaupt.

4) Repräsentationsverhältniß der Beamten. In einem Amt kann die Repräsentationseigenschaft begründet sein, so bei den Beamten einer juristischen Person, ferner bei dem Vormund und dem öffentlich bestellten Verwalter. Diese Eigenschaft beruht nicht auf dem Willen des Repräsentirten, die Repräsentationsbefugnisse leiten sich daher auch nicht aus diesem Willen ab, sondern aus der rechtlichen Vorschrift, die und so weit sie diese Function in das Amt legt. Durch rechtliche Vorschrift also bestimmt sich hier der Umfang der Repräsentationsbefugnisse. Wegen des Vormundes s. die Lehre von der Vormundschaft.

5) Repräsentationsverhältniß der Bevollmächtigten, procuratores (— domini). Dies ist das freiste Repräsentationsverhältniß (frei von Seiten des Repräsentanten und des Repräsentirten, während 1 nur frei von Seiten des letzteren, 2—4 nur frei von Seiten des Repräsentanten). Die Eigenschaft beruht auf dem Willen des Dominus, Mandat, Vollmacht oder Ratihabition, und von dieser Vollmacht hängt auch der Umfang der Repräsentationsbefugniß ab.

Die Vollmacht ist entweder eine Special- oder Generalvollmacht. Diese Begriffe sind relativ, dieselbe kann nach verschiedenen Seiten hin beide Prädicate haben, vgl. Note k. Häufig werden die Begriffe zu absolut genommen, z. B. procurator universalis (omnium bonorum), generalis, für alle Geschäfte einer gewissen Art, specialis, für ein einzelnes Geschäft. Dieser letztere ist allerdings specialis gegenüber jenem, aber insofern auch das einzelne Geschäft eine Mehrheit von Handlungen begreift, ist auch er generalis.

Je specieller die Vollmacht ist, desto weniger natürlich entsteht ein Zweifel hinsichtlich des Umfanges der Repräsentationsbefugnisse. Bei der Interpretation einer generellen darf man nicht über den wesentlichen Inhalt des Genus hinausgehen. Ein

Beispiel bietet der Vergleich, zu dem die Proceßvollmacht an sich nicht ermächtigt, Note l.[1]

Von dem procurator omnium bonorum gelten folgende Grundsätze. Vor Allem ist zu untersuchen, ob ihm bloß custodia, Obhut, Sorge für die Erhaltung, oder administratio, volle Vermögensverwaltung übertragen ist. Dort hat er kein Recht zu Veräußerungen, ausgenommen die zur Erhaltung der Sache selbst unumgänglich nothwendigen, hier ist er auch zur Veräußerung berechtigt, nicht aber zur Liberalität.

Aber dies ist nur der allgemeine Charakter der Vollmacht, die Anwendung auf die besonderen Fälle muß erst durch besondere Untersuchung des ausdrücklichen oder vermuthlichen Inhalts der Vollmacht entschieden werden. Wenn ein Procurator im allgemeinen Veräußerungsbefugniß hat, so liegt darin noch nicht, daß er davon auch in jedem einzelnen Fall Gebrauch zu machen die Macht hat.

Im Mittelalter stellte man, um die Entscheidung zu erleichtern, folgende Theorie auf: es komme darauf an, ob in der Vollmacht der Ausdruck cum libera [sc. administratione] gebraucht sei oder nicht. Dort könne der Procurator eine volle Anwendung der Veräußerungsbefugniß machen, ohne daß der Dominus dies anfechten könne, hier nur im Fall der Noth. Daher dürfe er dort auch ohne Weiteres Vergleiche schließen, Eide zuschieben, hier nicht. Darin glaubte man eine Vereinigung der scheinbar widersprechenden Stellen gefunden zu haben.[2]

Diese Theorie ist weder dem römischen Recht, noch der Natur der Sache angemessen. Das Wahre ist folgendes: Bei der Anwendung, welche der Procurator von seiner Administrationsbefugniß gemacht hat, kommt es

1) darauf an, ob der Dominus ihm eine beschränkte Instruction gegeben, also gewisse Handlungen, welche sonst in der Administration liegen würden, ausgenommen hat. Ist dies nicht der Fall, so hat er libera administratio. Dies bildet also nicht einen positiven Zusatz, bedeutet nur, daß nichts weggenommen ist.

---

1) L. 60. D. de procur. (3, 3), L. 17. §. 3. D. de iurei. (12, 2).

2) S. L. 58. 59. D. de procur. (3, 3), L. 17. §. 3. D. de iurei. (12, 2) und L. 12. D. de pign. act. (13, 7), L. 63. D. de procur. (3, 3).

2) Auch bei der libera administratio hängt der Procurator noch von dem vermuthlichen Willen des Dominus ab, er wird daher in der Art, wie dieser es that, zu administriren haben, außerdem überschreitet er seine Administrationsbefugniß, und der Dominus ist nicht daran gebunden. Daher muß als Regel gelten, daß er nicht ohne Noth veräußern darf. Diese Regel kann aber Ausnahmen haben, wenn nämlich der Dominus selbst seine Güter mehr nur wie eine feile Waare, als bloßes Mittel des Gewinns durch Umsatz ꝛc. behandelte. So kann also das Princip in dem einen Fall auf Entscheidung für, in dem andern gegen eine gewisse Veräußerung führen. Dies drückt das geschriebene Recht aus, das also weit entfernt ist, in diesem Punkt einen Widerspruch zu beherbergen.

Act der Handlung.[1]

§. 54.

Das zweite Moment bei Handlungen ist die Handlung selbst. Diese besteht aus Wille und Aeußerung. Bei Rechtsgeschäften insonderheit besteht die Aeußerung immer in einer Erklärung des Willens, welche die Einwirkung auf Rechtsverhältnisse zur Absicht hat.

Daher hat der Act der Handlung drei Erfordernisse: Wille, Erklärung, Uebereinstimmung beider. Hiermit ist das System der folgenden §§. bezeichnet.

Unter den Rechtsgeschäften nehmen einen vorzüglichen Platz die Verträge ein. Häufig ist der Begriff des Vertrags zu eng genommen, und bloß auf Obligationen bezogen worden. Dies hat die wichtige Folge gehabt, daß man auch andere Verträge nach den Principien der obligatorischen hat beurtheilen wollen [z. B. den Ehevertrag]. Vertrag ist aber eine ganz allgemeine Rechtsform, jedes Rechtsgeschäft, welches in der Willenserklärung Mehrerer besteht, mit der übereinstimmenden Absicht, ein Rechtsverhältniß durch dieses Zusammenwirken der Willen zu begründen oder zu modificiren.

---

1) S. das Lehrbuch.

Der Wille.

Einfluß der Motive.

§. 55.

S. im Lehrbuch den Grundsatz. Juristisch relevant ist das Dasein des Willens, nicht das Motiv, dessen Berücksichtigung der moralischen Betrachtung angehört. Modificationen: 1) bei unerlaubten Handlungen ist das Dasein eines rechtswidrigen Willens dolus und culpa erforderlich; darin also liegt keine Modification. Eine Berücksichtigung der Motive ist aber, daß zuweilen wegen des sonst löblichen Motivs die Absicht nicht als dolus gilt. Dolus nämlich ist nicht bloße Absicht, sondern ein auf die Rechtswidrigkeit als solche gerichteter Wille; dies kann durch das Motiv ausgeschlossen werden. 2) Bei Rechtsgeschäften wird auf das Motiv Rücksicht genommen, insofern es dem Rechtsgeschäft seinen Inhalt giebt (z. B. Geben ob causam futuram), nicht insofern es nur äußere Veranlassung war. Doch hat dies Ausnahmen bei der Furcht und zuweilen beim Irrthum.

Furcht.

§. 56.

Es kann jemand einen Entschluß gefaßt und ausgeführt haben durch Furcht bewogen. Sein Verhältniß ist dieses: er würde die Handlung ohne die Furcht nicht gethan haben, dessenungeachtet ist der Act durch seinen Willen hervorgebracht, ein wirklicher Willensact. Er hat seinen Entschluß durch die Furcht vor einem drohenden Uebel bestimmen lassen, die Handlung aber ist ebendarum doch sein Wille, sein Entschluß. Wenn man solche Handlungen unfreie genannt hat, so ist dies ein sehr uneigentlicher Ausdruck, wie man dabei nie vergessen darf. Die consequente Folge davon ist, daß die Handlung wirklich existirt, wie natürlich, so auch juristisch. Man kann nicht sagen, daß die Handlung nichtig sei. [S. L. 21. §. 5. D. quod metus (4, 2) Note d des Lehrb.].

Man darf für diesen einfach vernünftigen Satz nicht besondere historische Gründe aufsuchen, wie z. B. Mühlenbruch: Einfluß der stoischen Philosophie: es soll sich niemand durch

Zwang oder Furcht bestimmen lassen, auf die römischen Juristen. Es gab eine Zeit, wo man in solchem Außenwerk die geschichtliche Behandlung des Rechts suchte, s. g. elegante Jurisprudenz, die im vorigen Jahrhundert regierte. Dies ist schon wegen der Entstehung des Satzes bedenklich, da derselbe nicht erst durch die Juristen erfunden worden ist, also müßten die Römer geborene stoische Philosophen gewesen sein. Aber an sich auch ist kein Zusammenhang möglich. Nämlich jenes würde fordern, daß man auf Furcht und Zwang überhaupt gar keine Rücksicht nehme, als eines Mannes unwürdig; aber davon ist das römische Recht weit entfernt.

Wenn gleich die Handlung nicht nichtig genannt werden kann, so hat der Handelnde doch unter gewissen Voraussetzungen, wo das Gegentheil contra bonos mores wäre, einen Anspruch auf Hülfe gegen den Nachtheil, der ihm dadurch geworden ist, und dahin gehört auch das Recht der Anfechtung. Die Rechtsmittel, mit denen er die Wiederherstellung des früheren Zustandes erlangen kann, sind nach römischem Recht in integrum restitutio, aber auch eine besondere Klage und Einrede, actio quod metus causa, exceptio metus; s. unten §. 385. Der Umfang der Anfechtung hängt von der Bedeutung dessen ab, was durch die Furcht motivirt ist: s. g. metus causam dans — incidens: [war das ganze Geschäft durch die Furcht hervorgebracht, so kann es auch ganz angefochten werden (metus causam dans); ist nur ein Nebenpunkt durch die Furcht betroffen, so kann auch nur dieser Theil des Geschäfts rescindirt werden (metus incidens)].

Aber diese rechtliche Wirkung der Furcht setzt folgende Erfordernisse voraus:

1) Die bloße Furcht für sich wird nicht berücksichtigt, sie muß durch eine wirkliche Drohung hervorgebracht sein, metus praesens, non suspicio inferendi eius.[1] Daher wird auf den s. g. metus reverentialis keine Rücksicht genommen.

2) Die Drohung muß eine rechtswidrige sein;

3) Eine Drohung, welche die Furcht vor dem gedrohten Uebel erzeugt hat, und erzeugen konnte, ohne daß den Bedrohten der Vorwurf unwürdiger Furchtsamkeit und leerer Einbildung trifft, metus iustus — qui in constantem virum cadere potest.[2]

1) L. 9. pr. D. quod metus (4, 2).
2) L. 5. 6. D. eodem.

Indessen ist auf die natürlichen Verschiedenheiten des Geschlechts und des Alters Rücksicht zu nehmen (nicht auf die Individualität des Einzelnen).

4) Die Rechtshülfe ist nicht auf den Zwingenden selbst beschränkt, auch gegen einen Andern kann wegen des Zwangs Klage und Einrede gebraucht werden. Aber bei diesem muß eine der beiden Voraussetzungen eintreten: entweder er muß davon gewußt, oder einen Vortheil davon haben.

Irrthümer: Früher nahm man nicht selten allgemeine Nichtigkeit als Folge des Zwangs an. Dies ist jetzt allgemein als Irrthum erkannt. Manche Juristen wollen aber noch gewisse Ausnahmen statuiren, wo (also vermöge singulärer Bestimmung) der Zwang das Geschäft nichtig mache.

1) Bei bonae fidei contractus. Dies ist auffallend, da der Grund der Gültigkeit ipso iure mit dem Unterschied zwischen bonae fidei und strictum iudicium keinen Zusammenhang hat. Es ist ein bloßes Mißverständniß der L. 116. D. de R. J.[3] Der Zwang ist der bona fides zuwider, die Anweisung für den Arbiter, ihn zu berücksichtigen, liegt schon in der Formel ex fide bona, es ist deshalb keine besondere Exceptio in die Formel zu setzen. Nur in diesem Sinn wirkt der Zwang hier ipso iure. Bestätigt wird dies durch eine andere Stelle,[4] wo der Jurist sogar weiter geht, als es bei bonae fidei negotia eigentlich nöthig wäre, wenn er nämlich die Contractsklage wirklich abspricht und rein auf die actio quod metus verweist, was jedoch keineswegs sicher ist (das et ideo etc. kann verstanden werden: und daher ist auch die prätorische Klage zulässig).

2) Bei Testamenten, ein entschiedener Irrthum, s. im Erbrecht.

3) Beim Dotalversprechen. In der Stelle, auf welche man sich beruft,[5] wird nur gesagt, ein unter dem Einflusse der Furcht gegebenes Dotalversprechen sei keine Dosbestellung mit ihren

---

3) L. 116. pr. D. de R. J. (50, 17): Nihil consensui tam contrarium est, qui ac bonae fidei iudicia sustinet, quam vis ac metus, quem comprobare contra bonos mores est.

4) L. 21. §. 4. D. quod metus (4, 2): Si metu coactus sim ab emtione, locatione discedere, videndum est, an nihil sit acti et antiqua obligatio remaneat, an hoc simile sit acceptilationi, quia nulla ex bonae fidei obligatione possimus niti, cum finita sit, dum amittitur? Et magis est, ut similis species acceptilationi sit et ideo praetoria actio nascitur.

5) L. 21. §. 3. eod.: Si dos metu promissa sit, non puto nasci obligationem, quia est verissimum, nec talem promissionem dotis ullam esse.

Wirkungen, weil unwirksam; wie? darüber erklärt sich die Stelle nicht, und ihre Entscheidung hängt auch nicht davon ab.

4) Bei der Societät. In einigen Stellen[6] wird gesagt: eine Societät, bei der einer den andern betrüglich übervortheile, sei gar keine, ipso iure nullius momenti. Bei dem Inhalt der Societät ist eine billige Gleichmäßigkeit wesentlich, das invicem se circumscribere gilt nicht, auch ohne Dolus ist die Uebervortheilung nicht zuzulassen. Man sagt nun, vom Zwang muß dasselbe gelten. Dies ist unrichtig. Dort ist von einem mit dem Wesen der Societät unverträglichen Inhalt, hier nur von der Art des Zustandekommens die Rede, für welche von der Societät ihrer Natur nach nichts Anderes gelten kann, als von anderen Verträgen.

5) Bei der tutoris auctoritas, ein unverzeihliches Mißverständniß der L. 1. §. 1. D. de auctor. (26, 8), [wo nur von der erzwungenen Gegenwart des Tutors bei einem Geschäft die Rede ist].

6) Bei der Manumission.[7] Die Stelle, auf welche man sich hier beruft, sagt nur, die Manumission ist unwirksam: Ille servus liber non erit, qui coegerit etc.; von der Art der Ungültigkeit enthält sie kein Wort [und wenn der Herr die Manumission nicht anficht, ist der Sclave dessenungeachtet frei].

Irrthum und Unkenntniß.

§. 57.

Der allgemeine Grundsatz, daß die Motive einer Handlung oder Unterlassung nicht berücksichtigt werden, daß nur die Thatsache selbst und ihre Existenz die rechtliche Beurtheilung bestimmt, gilt auch von error und ignorantia. Daher ist namentlich ein Rechtsgeschäft nicht nichtig darum, daß es auf einem Irrthum beruht. Nur kann allerdings niemand wollen als was er weiß, und daher kann die Annahme eines Willens, und somit eines Rechtsgeschäfts durch einen Irrthum zurückgewiesen sein. Dahin gehört, daß ein Irrthum der Annahme einer Volksüberzeugung

---

6) L. 3. §. 3. D. pro soc. (17, 2), L. 16. §. 1. D. de minor. (4, 4).

7) L. 9. pr. D. qui et a quib. man. (40, 9): Ille servus liber non erit, qui coegerit, ut dominus eum manumittat, et ille perterritus scripsit, liberum eum esse.

entgegenstehen kann (§. 13). Ferner die Frage, ob eine Handlung als stillschweigende Willenserklärung zu betrachten ist, z. B. Unterlassung einer Protestation als stillschweigende Genehmigung; [dieser unter Umständen sehr wohl zulässigen Auslegung des Stillschweigens kann ein Irrthum oder eine Nichtkenntniß entgegenstehen, und diesen Sinn hat der Ausspruch] errantis nulla voluntas.[1] Es ist aber nicht der Irrthum als Motiv, der das Rechtsgeschäft ausschließt, sondern die Nichtexistenz des Willens, die nur von einem Irrthum begleitet ist, welche aber auch ohne allen Irrthum möglich wäre und denselben Effect hätte. Eben dasselbe ist der Fall, wo der Irrthum eine Nichtübereinstimmung der Willen bei Verträgen veranlaßt (§. 65). Jene Regel der Irrelevanz des Irrthums für die Existenz des Rechtsgeschäfts hat aber eine Ausnahme bei Testamenten und Erbschaftsantritt, s. Erbrecht (§. 462, 472, 497).

Aber auch in anderen Rücksichten ist bei der rechtlichen Beurtheilung des Verhältnisses der Irrthum in der Regel irrelevant. Dies hat aber Ausnahmen. Zwei Gattungen solcher Ausnahmen sind zu unterscheiden:

1) Solche, bei denen die Beschaffenheit des Irrthums gleichgültig ist. Dies ist der Fall, wenn mit mala fides (Bewußtsein der Rechtswidrigkeit eines Zustandes) und mit dolus (rechtswidriger Absicht) besondere Nachtheile verknüpft sind. Beides ist ausgeschlossen, wenn die Person aus Unkenntniß des Verhältnisses den Zustand nicht für rechtswidrig hielt oder die Rechtswidrigkeit ihrer Handlungsweise nicht einsah. Abwesenheit der mala fides und des dolus kann aus dem Irrthum hervorgehen, von welcher Beschaffenheit er sein möge. Auch wenn es ein tadelnswerther ist, so kann man doch nicht sagen, die Person war in mala fide, oder sie war in dolo, es ist höchstens culpa lata. Nur die Entschuldigung, das Rechtsverbot nicht gekannt zu haben, wird regelmäßig nicht zugelassen.

Wenn ferner der Irrthum durch rechtswidrige Täuschung von einem Andern erzeugt oder benutzt wird, und dadurch dem Irrenden ein Schaden zugefügt worden ist, so wird diesem gegen den Betrüger Hülfe gewährt durch Klage oder Einrede. Diese absichtliche Erzeugung oder Benutzung eines fremden Irrthums in rechtswidriger Absicht heißt Betrug, dolus malus (unterschieden

---

1) S. L. 20. D. de aqu. pluv. (39, 3), L. 8. 9. C. de iur. et f. ignor. (1, 18) u. a.

von dolus bonus, Täuschung ohne rechtswidrige Absicht). Der Betrug ist ohne Irrthum nicht denkbar, aber nicht der Irrthum ist der Grund der Rechtshülfe, sondern die rechtswidrige Handlung des Andern, und darum kommt es auch nicht auf die Beschaffenheit des Irrthums an.

2) Ausnahmen, die nur zu Gunsten eines entschuldbaren Irrthums gemacht werden.

Dahin gehört die bona fides als Grund gewisser Erwerbungen (Usucapion, Fruchterwerb). Sie ist die Ueberzeugung von der Rechtmäßigkeit eines Zustandes, in dem man sich befindet; ist diese Ueberzeugung wohl begründet, so kann sie doch noch eine irrige sein, aber dieser Irrthum ist entschuldbar. [Diese bona fides ist zu unterscheiden von der bloßen Abwesenheit von mala fides; auch diese wird bona fides genannt, ist aber hier nichts Positives, nur Abwesenheit des Bewußtseins vom Unrecht].

Die Nichtkenntniß eines Umstands gehört zur Begründung der condictio indebiti, der ädilischen Klagen. Auch hier wird auf eine tadelnswerthe keine Rücksicht genommen.

Dasselbe gilt von der putativen Ehe,[2] der Ausschließung des S. C. Macedonianum (Unkenntniß der Eigenschaft des Filiusfamilias) und des S. C. Velleianum (Unkenntniß der Eigenschaft der Frau als Intercedentin).

Bei manchen Verjährungen ist festgesetzt, daß sie dem Nichtwissenden nicht laufen; auch hier kann sich dieser nur auf eine entschuldbare Unkenntniß berufen, z. B. beim Erwerb der bonorum possessio, bei dem beneficium inventarii, bei der Excusation gegen Vormundschaft ꝛc.

Außer diesen Fällen kann gegen Versäumnisse durch Irrthum zuweilen in integrum restitutio stattfinden. Auch diese hat jene Voraussetzung.

In allen diesen Fällen fragt es sich also, ob der Irrthum ein entschuldbarer (iustus, probabilis) ist oder nicht. Darauf hat zunächst der Gegenstand des Irrthums den größten Einfluß, ob dieser ein Rechtssatz oder eine Thatsache ist, error iuris, facti, z. B. es glaubt jemand, das Erbrecht stehe ihm nicht zu 1) weil er nicht weiß, daß ein Verwandter von ihm gestorben ist, 2) weil er glaubt, ein Anderer gehe ihm nach Rechtsvorschrift vor.

2) (L. 4. C. de incest. nupt. (5, 5), L. 57. §. 1. D. de R. N. (23, 2). A. d. H.).

1) Der Rechtsirrthum ist ein unentschuldbarer, er schadet daher, und giebt nicht die Vortheile, die dem Irrthum in jenen Fällen bewilligt sind. Es muß von jedem gefordert werden, daß er das Recht kenne, so weit es ihm vonnöthen; sollte er es nicht kennen, so giebt es Gelegenheiten, sich für den einzelnen Fall zu unterrichten; es ist eine schuldbare Nachlässigkeit, wenn jemand von diesen Gelegenheiten keinen Gebrauch gemacht hat, und dadurch in Nachtheil gekommen ist.

Ausnahmen:

a) In einigen Fällen, wo der Verlust von Eigenthum die Folge eines Irrthums sein würde, soll der Irrende auch auf Rechtsirrthum sich berufen können, um sich gegen diesen Verlust zu schützen, wenn derselbe noch nicht wirklich eingetreten ist. Diese Fälle sind: indebite geleistetes Versprechen, Anerkennung eines Andern als Miterben. Darauf sind die allgemeinen Aeußerungen in den Note n des Lehrb. abgedruckten Stellen zu beziehen.[3] Manche haben dies so verstanden, daß dadurch in der That die ganze Regel von dem Unterschied zwischen Rechtsirrthum und factischem Irrthum so gut wie umgestoßen würde: Es komme darauf an, ob man Nachtheil abwenden, oder Gewinn machen wolle. Das letztere im wahren Sinn des lucrum wird in den seltensten Fällen eintreten. Andere haben dies vermeiden wollen durch Verengerung der Anwendung. Wenn es sich de damno vitando handle, so komme es darauf an, ob man ICti copiam gehabt habe, de lucro captando schade der Rechtsirrthum auch ohne diese Gelegenheit zur Rechtsbelehrung. Dies ist ganz aus der Luft gegriffen, eine willkührliche Herbeiziehung des von der Rechtsbelehrung Gesagten.

b) Gewissen Personen wird der Rechtsirrthum in gewissen Fällen nachgesehen (ius ignorare permissum est): Frauen, Ungebildeten, die es ihrem Stande gemäß sind, Soldaten 1) bei unerlaubten Handlungen, die es nicht schon dem natürlichen Gefühl nach sind, sondern lediglich durch eine positive Vorschrift. Dies gilt für alle jene Personen; 2) bei Versäumung der Frist für Erwerb des Erbrechts; dies gilt bloß für die beiden letzten Classen, während es den Frauen ausdrücklich abgesprochen ist;

---

3) L. 1. pr. D. ut in poss. leg. (36, 4), L. 79. D. de leg. II. (31), vergl. L. 7. 8. D. de iur. et f. ign. (22, 6) und Beil. III.

3) bei Zahlung einer contra S. C. Velleianum übernommenen Schuld; natürlich gilt dies bloß bei den Frauen; 4) bei Annahme eines untüchtigen Bürgen, bei Frauen.

Viel umfassender ist die Befreiung der Minderjährigen von der Pflicht, das Recht zu kennen. Dies hängt zusammen mit ihrer allgemeinen in integrum restitutio propter aetatem, welche auch gegen den durch Rechtsunwissenheit, wie durch sonstige Unkenntniß und Leichtsinn entstandenen Nachtheil zusteht. Auf die Sphäre dieser in integrum restitutio ist jener Vorzug aber auch zu beschränken. Die Meinung, daß den Minderjährigen auch bei der Usucapion und dem Fruchterwerb der Rechtsirrthum zu Gute komme,[4] ist durchaus zu verwerfen.

c) Gewisse Rechtssätze können ohne Vorwurf ignorirt werden, so daß also hier der Rechtsirrthum durchaus ein entschuldbarer ist. Dahin gehören Rechtssätze, welche einmal auf Willkühr beruhen, so daß ihre Existenz nicht zu vermuthen ist, und sodann unvollkommen publicirt sind, so daß auch von dieser Seite ihre Unkenntniß sich als etwas entschuldbares darstellt. Ferner fremdes Recht, überhaupt particulares Recht eines anderen Bezirks, zuletzt bestrittene Rechtssätze; man kann niemanden einen Irrthum über die wahre Ansicht zurechnen, wenn über diese selbst die Juristen ungewiß sind.

d) Endlich ist der Rechtsirrthum entschuldbar, wenn er nicht den Rechtssatz selbst, sondern seine geschickte Anwendung betrifft, sofern diese eine besondere Wissenschaft und Kunst in sich schließt, die nicht jedermanns Sache ist. Z. B. bei der condictio indebiti kann jemand geglaubt haben, Schuldner zu sein, ungeachtet er weiß, daß man z. B. durch indirecte Befriedigung befreit wird, aber die Thatsachen konnten so complicirt sein, daß er die Zuläßsigkeit der Befreiung in diesem besonderen Fall bezweifeln konnte.

In diesen letzten Fällen, bei der Ungewißheit des Rechts oder seiner Anwendung hat die Entschuldigung des Rechtsirrthums noch eine Voraussetzung: Mangel an Gelegenheit zur Rechtsbelehrung.[5]

---

4) So Savigny, System III. S. 431.

5) L. 9. §. 3. D. de iur. et f. ign. (22, 6): Sed iuris ignorantiam non prodesse, Labeo ita accipiendum existimat, si iurisconsulti copiam haberet vel sua prudentia instructus sit, ut cui facile sit scire, ei detrimento sit iuris ignorantia, quod raro accipiendum est. Die Worte quod raro accipiendum est gehen nicht auf den Satz ut cui facile etc., sondern auf die

2) Der factische Irrthum ist entschuldbar. Aber auch dieser Satz hat Ausnahmen. Nämlich wenn er nicht ohne Gedankenlosigkeit oder den höchsten Grad von Nachlässigkeit möglich war, wie bei einer ganz allgemein bekannten Thatsache. Dahin gehört auch in der Regel der error facti proprii. Die Dummheit darf nicht ein Vortheil sein.

Inhalt der Rechtsgeschäfte.

§. 58.

S. das Lehrbuch.

Bedingungen.

§. 59.

Der Ausdruck Bedingung, ebenso conditio, wird im weiteren und engeren Sinn gebraucht, es giebt verschiedene Stufen bis zu dem letzten eigentlichsten Begriff. Bedingung heißt:

1) Voraussetzung bei einem Rechtsgeschäft. Dahin gehören auch die iuris conditiones, rechtliche Voraussetzungen, die conditiones tacitae, z. B. bei der Dosbestellung: Eingehung der Ehe. Sie kommen theilweise in den Wirkungen mit den eigentlichen Bedingungen überein, aber man muß sich hüten, die Theorie der letzteren auf jene anzuwenden, namentlich die Retrotraction.

2) Voraussetzungen, die gemacht werden, facti conditiones; nur diese sind wahre Bedingungen.

3) Voraussetzungen, von denen die Existenz des Rechtsgeschäftes oder seines Inhalts ganz oder theilweise abhängig gemacht wird. Dadurch sind andere Nebenbestimmungen, namentlich der Modus, ausgeschlossen. — In dieser Bedeutung werden die Bedingungen noch eingetheilt in conditiones in praeteritum, praesens, futurum conceptae.

Meinung des Labeo überhaupt, der in dieser Entschuldigung zu weit zu gehen schien. Der Jurist will sagen: Man darf nicht den Satz voranstellen, der Rechtsirrthum ist unentschuldbar, wenn jemand selbst rechtskundig ist oder Gelegenheit zur Belehrung hatte; so schien Labeo zu sagen (und manche neuere Juristen ebenso); dann würde die Unentschuldbarkeit als seltnere Ausnahme erscheinen. Nein umgekehrt: die Entschuldigung ist die seltnere Ausnahme. Es wird selten anzunehmen sein, daß jemand 1) selbst ohne Vorwurf in der Rechtsunkenntniß ist (da ja jeder das Recht, soweit es ihm vonnöthen, kennen soll), und überdies, daß er 2) wo er keinem Vorwurf unterliegt (so namentlich bei der Ungewißheit der Anwendung), keine Gelegenheit zur Belehrung hatte.

4) Eine wahre Bedingung ist nur die in futurum concepta, ein künftiger Umstand, dem jene Function gegeben ist.

5) Zur wahren Bedingung gehört Ungewißheit des Umstands. Keine Bedingung ist die nothwendig eintretende, conditio necessaria, und die unmöglich eintretende, conditio impossibilis. Der Umstand kann übrigens ein Geschehen oder Nichtgeschehen sein. Für beide Fälle gilt das Erforderniß der Ungewißheit.

Die Ungewißheit involvirt nicht nothwendig Zufälligkeit des Ereignisses. Daher die Eintheilung in conditiones casuales, potestativae, mixtae. [1]

Casualbedingung ist die, deren Eintritt von dem Willen dessen, dem die Bedingung gesetzt ist, ganz unabhängig ist, sei er überhaupt von dem menschlichen Willen unabhängig (z. B. wenn das nächste Jahr ein gutes Weinjahr sein wird, wenn mich kein Hagelschlag treffen wird), oder von dem Willen eines Dritten abhängig (z. B. wenn Titius sein Grundstück veräußern wird).

Ist eine Handlung dessen, dem die Bedingung gesetzt ist, erforderlich (positive oder negative), so kann die Erfüllung rein auf seinen Willen gestellt sein, conditio quae in potestate eius est (z. B. si volueris, wenn du dich nicht weigern wirst, diese Person zu heirathen). Aber es kann noch ein zufälliges Ereigniß damit verbunden sein, hier heißt die Bedingung mixta oder promiscua.

Die Gränze zwischen den zwei letzten Arten ist im allgemeinen schwer zu ziehen, ja absolut genommen unmöglich. Absolut genommen kann nur eine negative Bedingung als reine Potestativbedingung gedacht werden (s. das vorige zweite Beispiel: wenn du diese Person nicht heirathest). Jede positive ist an sich und absolut doch zugleich der Einwirkung des Zufalls ausgesetzt, so z. B. selbst si volueris, denn der Erfüllende kann wahnsinnig werden, si Capitolium ascenderis, er kann durch äußere Gewalt abgehalten werden. Daher manche römische Juristen auch diese promiscua conditio nennen, und so auch die Potestativbedingung darunter begreifen. — Es wird darauf ankommen, ob der die Bedingung Setzende das Hauptgewicht auf den Willen gestellt hat, so daß die Erfüllung von diesem allein als abhängig betrachtet werden soll, oder ob er der That selbst einen wenigstens eben so großen Einfluß auf die Frage der Erfüllung gegeben hat.

---

1) L. un. §. 7. C. de cad. toll. (6, 51).

Erfüllung der Bedingung.

§. 60.

Eine Bedingung ist erfüllt, wenn das geschieht, was der Intention des Disponenten gemäß geschehen sollte. Bei der affirmativen Bedingung ist dies ein positiver Umstand, bei der negativen ein Unterbleiben von etwas. Die negative Bedingung ist erst erfüllt, wenn das Ausgeschlossene nicht oder nicht mehr in der betreffenden Art geschehen kann.

Grundsätze:

1) Was zur Erfüllung gehört ist quaestio facti. Auch hier gilt die Regel, daß nicht bloß auf die Worte, sondern auf den Willen zu sehen ist, z. B. wenn die Bedingung gesetzt ist, daß jemand ohne Kinder versterben würde, so sind nur leibliche, nicht Adoptivkinder zu verstehen.

2) Die potestative muß erfüllt werden, sobald es geschehen kann, sonst wird sie als deficient betrachtet.

3) Ist sie rein auf den guten Willen gestellt, so ist sie für erfüllt zu erachten, wenn nur von Seiten dessen, dem sie gesetzt ist, nichts entgegensteht, sollte auch die Ausführung durch einen Zufall unmöglich geworden sein. Dies darf aber nicht als Regel bei einer Bedingung betrachtet werden, zu deren Erfüllung eine Handlung gehört, vielmehr ist der wirkliche Erfolg, den der Disponent genannt hat, als nothwendig zu vermuthen, bis eine entgegengesetzte Intention nachgewiesen wird, s. die beiden ersten Stellen der Note h des Lehrb.,[1] z. B. Wenn A die B heirathet, und diese stirbt ehe die

1) L. 54. §. 2. D. de leg. I. (30): Sed et si servi mors impedisset manumissionem, cum tibi legatum esset, si eum manumisisses, nihilominus debetur tibi legatum, quia per te non stetit, quominus perveniat ad libertatem. L. 23. §. 2. D. ad l. Aquil. (9, 2): Iulianus scribit, si institutus fuero sub conditione: si Stichum manumisero, et Stichus sit occisus post mortem testatoris, in aestimationem etiam hereditatis pretium me consecuturum, propter occisionem enim defecit conditio. Quod si vivo testatore occisus sit, hereditatis aestimationem cessare, quia retrorsum quanti plurimi fuit, inspicitur. In der zweiten Stelle wird der Untergang der Erbeinsetzung angenommen, in der ersten in scheinbar gleichem Falle nicht. Worin liegt der Unterschied? Man könnte denken: „in der Voraussetzung der ersten dieser Stellen: quia per te non stetit etc. In dem Falle der zweiten Stelle war er durch Verzögerung Schuld.“ Dagegen spricht 1) daß davon nichts gesagt ist, 2) daß sogar auch der Fall einer Tödtung vor dem Tod des Testators erwähnt wird, wo natürlich die Möglichkeit der Verzögerung wegfällt. In der zweiten Stelle wird zwar die Aestimation der Erbschaft verworfen, aber nicht deswegen, weil sie nicht verloren ginge, dies wird auch hier vorausgesetzt,

Erfüllung möglich war. [Hätte der Disponent nur den guten Willen des A im Auge gehabt, so wäre die Bedingung erfüllt; hier aber ist anzunehmen, daß der Disponent das Resultat hat berücksichtigen wollen, also deficirt die Bedingung].

4) Der Beweis der Erfüllung liegt dem ob, der darauf ein Recht gründet. Wenn aber ein einzelner dazu gehöriger Umstand (nicht etwa die Erfüllung überhaupt) völlig unerfindlich ist, so daß Eintritt und Nichteintritt gleich ungewiß sind, so ist bei letztwilligen Dispositionen die benignior sententia der Erfüllung anzunehmen, z. B. Wenn sein erstes Kind ein Knabe ist; es werden Zwillinge beides Geschlechts geboren, ohne daß sich ermitteln läßt, welches zuerst.

5) Wenn der Disponent durch die Bedingung und ihre Erfüllung einem Andern einen Vortheil zuwendete, und dieser hindert die Erfüllung, so wird dies als Verzicht auf den Vortheil angesehen, mithin so wie wenn er ihn empfangen hätte, es wird also die Bedingung als erfüllt behandelt.

6) Der unter der Bedingung Verpflichtete hat ihre Erfüllung gehindert. Dies kann eine Deficienz verursachen, wenn darauf gerechnet war, z. B. wenn der Dominus nicht ratihabirt, der Procurator bewegt ihn zur Ratihabition. Ist aber auf diese Einwirkung nicht gerechnet, so wird die Erfüllung ebenfalls fingirt.[2] [Z. B. der Procurator, der ein Geschäft schließt, verpflichtet sich, vollkommen zu haften, wenn der Dominus nicht ratihabire. Hierbei

---

sondern weil die Grundsätze der Lex Aquilia von der Schadensästimation widersprechen. Die beiden Stellen widersprechen sich also nicht, sondern ergänzen sich gegenseitig. Der Unterschied liegt nur in der Intention des Erblassers.

2) L. 161. D. de R. J. (50, 17): In iure civili receptum est, quoties per eum, cuius interest, conditionem n o n impleri, fiat quominus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset, quod ad libertatem et legata et ad heredum institutiones perducitur. Quibus exemplis stipulationes quoque committuntur, cum per promissorem factum esset, quo minus stipulator conditioni pareret. (U l p i a n.) Es könnte scheinen, daß L. 24. D. de cond. (35, 1): Iure civili receptum est, quoties per eum, cuius interest conditionem impleri, fit quo minus impleatur, ut perinde habeatur, ac si impleta conditio fuisset. Quod plerique et ad legata et ad heredum institutiones perduxerunt. Quibus exemplis stipulationes quoque committi quidam recte putaverunt, cum per promissorem factum esset, quo minus stipulator conditioni pareret, (J u l i a n.) auch hierher gehöre, wegen des Nachsatzes: per promissorem factum etc., also auch bei dieser non einzuschalten sei, zumal da die Stelle sonst so auffallend gleichlautend ist. (Der Satz quibus exemplis — pareret ist dabei nicht betheiligt, denn er ist noch in anderen Stellen enthalten). Dennoch ist dies nicht der Fall. Die Stelle setzt voraus, daß dem promissor etwas gegeben werden soll. So kann man sagen, er hat ein Interesse an der Erfüllung, und an der Nichterfüllung.

ist auf die Einwirkung des Procurators gerechnet, und daher kann die gestellte Bedingung nicht als existent betrachtet werden, wenn der Dominus anfänglich die Ratihabition verweigert, hernach aber, durch Zureden des Procurators bewogen, dennoch ratihabirt].[3]

7) Die Unmöglichkeit der Erfüllung macht die Bedingung deficient. Aber dies setzt voraus, daß die Bedingung selbst eine gültige war, sonst kann natürlich auch von Existenz oder Deficienz nicht bei ihr die Rede sein.

Dies führt auf die Lehre von den unmöglichen Bedingungen.

Bedingung hat einen doppelten Sinn, es ist 1) der Umstand, der zur Bedingung gemacht ist, 2) der Act des Bedingens, die Stellung der Bedingung. Unmöglichkeit kann nun ein Prädicat des Umstands sein (nicht zu erfüllende Bedingung), und des Setzens (eine nicht zu stellende Bedingung, unstatthafte Bedingung). Wir gehen von dem letzten Begriff aus.

Eine Bedingung ist unstatthaft:

1) wegen Unmöglichkeit ihrer Erfüllung, unmögliche Bedingung in jenem ersten und eigentlichen Sinn, conditio impossibilis. Hier ist keine wahre Bedingung, weil keine Ungewißheit dadurch entsteht. Zwei Arten sind zu unterscheiden: a) Bedingungen, deren Eintritt physisch unmöglich ist, z. B. auf der Eisenbahn in 15 Minuten von Berlin nach Magdeburg zu fahren, oder negativ: wenn die Sonne nie wieder scheint (eine Bedingung, nach der etwas Unmögliches nicht geschehen soll, conditio necessaria, ist ebenfalls keine Bedingung); b) deren Eintritt juristisch unmöglich ist, die aus juristischen Gründen nicht erfüllt werden können, z. B. wenn du die res sacra oder publica verkaufst, Bezahlung einer Schuld, die nicht existirt.

Eine doppelte Behandlung ist möglich, 1) ungeachtet sie nicht als Bedingung gilt, hat doch die Unmöglichkeit der Erfüllung die Wirkung der Nichterfüllung, das davon abhängig Gemachte existirt nicht. Dies ist im allgemeinen die der Beschaffenheit des Actes gemäßeste Entscheidung. Sie ist als die Regel zu betrachten. 2) Weil sie nicht als Bedingung gilt, so wird sie als nichtig behandelt, pro non scripta habetur. Diese Entscheidung tritt ein bei letztwilligen Dispositionen, sie wird hier unterstützt durch die Erwägung, daß man vor allem die Intention, etwas zu

---

3) (Vgl. L. 12. §. 2. D. ratam rem (46, 8). A. d. H.).

hinterlassen annehmen muß [so daß die dabei vorkommende unmögliche Bedingung als ein unverständlicher Zusatz erscheint und deshalb gestrichen werden muß]. — Hier entsteht daher die Frage, ob es auch so ist ebenso bei einer der Unmöglichkeit so gut wie gleichstehenden Schwierigkeit [unerschwingliche Bedingung]? Dies ist zu bejahen, wenn die Unmöglichkeit bloß eine individuelle ist. Dagegen ist nicht hierher zu rechnen eine nachher eintretende Unmöglichkeit, hier ist eine gültige Bedingung vorhanden, nur eine deficirende.

2) wegen unerlaubten Inhalts, Bedingungen, wodurch eine widerrechtliche oder unsittliche Handlung befördert werden soll (ein Nachtheil für den sie Unterlassenden, ein Vortheil für den sie Begehenden festgesetzt wird), conditiones turpes, z. B. ein Verbrechen zu begehen, die Eltern zu vernachlässigen (natürlich nicht die Bedingung, eine solche Handlung zu unterlassen). Die Beifügung jener Bedingung selbst ist eine Unsittlichkeit. Conditio turpis ist auch die, wonach zwar nicht etwas Unsittliches geschehen, aber wodurch ein unlauteres Motiv untergeschoben werden soll, durch welches eine an sich indifferente Handlung zu einer Unsittlichkeit wird. Auch die Intention, jemanden zu dieser Unsittlichkeit zu verleiten, macht die Bedingung zur turpis. Z. B. Untersagung der Ehe (die Bedingung: wenn sie nicht heirathet, kann eine ganz andere Intention haben, z. B. Fürsorge für eine Frau, oder der Disponent hat guten Grund, die Heirath als eine Verwirkung seiner Gunst zu betrachten, so z. B. bei einer Wittwe), Nichtentfernung von einem Ort, ferner die Bedingung, die Religion zu ändern. Häufig hat man hier die Unsittlichkeit beschränkt auf verbotene Religion. Die richtige Ansicht ist, sofern durch die Disposition ein Motiv, also eine äußerliche Triebfeder gegeben werden soll, wo bloß die innere Ueberzeugung entscheiden darf, ist die Bedingung turpis. [Anders wenn z. B. blos Fürsorge für diesen Fall getroffen werden soll, da der Convertit vielleicht dadurch sonstige Subsistenzmittel verliert]. Die Wirkung ist wie bei der unmöglichen Bedingung. Verträge werden ungültig; hier haben beide Parteien an der Unsittlichkeit Theil genommen, die schon in der Festsetzung liegt. Anders bei letztwilligen Verordnungen; hier ist der Honorirte unschuldig, er soll nicht darunter leiden.

Eine besondere Bewandtniß hat es mit der conditio iurisiurandi bei letztwilligen Dispositionen, der Bedingung, etwas

eidlich zu versprechen. An sich würde die Bedingung erfüllt sein, wenn der Eid geleistet wäre (dies wäre nichts unsittliches), aber die wirkliche Erfüllung hinge von der Willkühr des Honorirten ab. Aber entweder liegt dem Testator nichts an der Erfüllung, dann ist es ein Mißbrauch des Eides (Verleitung zum Eidesbruch), oder es liegt ihm daran, dann hat er ein falsches Mittel gewählt. Das letztere wird angenommen, die Bedingung gestrichen, aber der Honorirte zur Erfüllung verpflichtet, die Bedingung also in einen Modus verwandelt.

3) wegen Unverträglichkeit mit dem Geschäft. Es giebt Geschäfte, mit deren Natur sich gar keine Bedingung verträgt: Antritt der Erbschaft, auctoritas tutoris, datio tutoris, adoptio, Eingehung der Ehe, Enterbung. Andere ertragen nur Bedingungen gewisser Art, wie z. B. Einsetzung eines Notherben nur Potestativbedingungen. Mit jedem Geschäft unverträglich ist die s. g. conditio perplexa, d. h. die einen Widerspruch in die Disposition bringt; z. B. ein Vermächtniß unter der Bedingung, daß ich die Testamentifactio verliere (in der Meinung, man könne dann doch Vermächtnisse geben, nur die Erbeinsetzung sei ausgeschlossen); oder: ich vermache dir mein ganzes Vermögen unter der Bedingung, daß meinen Erben doch noch etwas übrig bleibe.

In allen diesen Fällen der Unverträglichkeit der Bedingung mit dem Geschäft wird das Geschäft selbst ungültig, auch die letztwilligen Verordnungen machen hier keine Ausnahme.

Wirkung der Bedingung.

§. 61.

Immer ist von der Bedingung die Existenz des Geschäfts oder eines Bestandtheils desselben abhängig. Aber es ist ein wichtiger Unterschied zu bemerken in Beziehung auf den Zustand conditione pendente. Darauf bezieht sich die Eintheilung in Suspensivbedingung und Resolutivbedingung.

Die Bedingung kann so gesetzt sein, daß die Entstehung des Rechtsverhältnisses davon abhängig gemacht ist, negotium conditionale, sub conditione contrahitur, die Bedingung schiebt die Existenz auf, Suspensivbedingung. Pendente conditione existirt das Verhältniß nicht (keine Obligatio, kein Eigenthum), nur hat das bedingte Geschäft doch die Wirkung, daß das Rechtsverhältniß an die künftige Entscheidung gebunden ist, kein willkührlicher

Rücktritt mithin stattfindet, eben weil Existenz oder Nichtexistenz unentschieden sein soll. Erst die Deficienz der Bedingung macht diesen Zustand definitiv. Die Erfüllung der Bedingung bringt das Verhältniß ins Dasein, sie verwandelt die bisherige Ungewißheit in Gewißheit, sie zeigt den bisher nicht als daseiend erscheinenden, und darum juristisch nicht vorhandenen Zustand als einen daseienden. Darin liegt, daß diese Existenz des Verhältnisses sich nicht erst von dem Zeitpunkt der Existenz der Bedingung datirt, sondern von der Errichtung des bedingten Geschäfts: conditio existens retrotrahitur ad initium negotii, wie wenn der Umstand gleich anfangs gewiß gewesen wäre. Dies ist auch der natürlichen Intention des die Bedingung Setzenden angemessen: ich gebe jemanden etwas unter einer Bedingung; meine Intention ist, er soll es jetzt haben, nur unter dieser Voraussetzung. Darum ist es unrichtig, wenn z. B. Thibaut den Grundsatz für eine Sonderbarkeit des römischen Rechts erklärt, und wohl gar Versuche der Einschränkung gemacht hat.[1]

Nur ist wohl zu beachten, was von der Bedingung abhängig gemacht ist, nur dies wird retrotrahirt z. B. nicht Eigenthum, sondern eine Forderung ist constituirt, hier wird natürlich nicht das Eigenthum, sondern die Forderung retrotrahirt: „ich verspreche sub conditione mein Haus zu geben."

Speciellere Angabe der Wirkung der Retrotraction:

1) Der bisher bedingt Berechtigte gilt nun als berechtigt auch während der Zeit der bedingten Berechtigung in Beziehung auf die Verfügungen des bisher Berechtigten über den Gegenstand des Rechts. Dies gilt auch von Vermächtnissen. Der Erbe wird nicht als Eigenthümer der vermachten Sache behandelt, seine Verfügungen werden ipso iure vernichtet. Nur in dem Fall tritt eine Modification ein, wenn die Existenz der Bedingung von dem

1) (Die unbedingte Annahme des (erst von den Glossatoren erfundenen) Dogma's der Retrotraction wäre allerdings eine „Sonderbarkeit des römischen Rechts" in der reinen quaestio voluntatis: ob der Erklärende im Zweifel erst von der Erfüllung oder schon von der Erklärung an gewollt habe? Denn dies ist in der That der Standpunkt der Stellen, welche die Retrotraction an sich und in Anwendung auf die Hindernisse der Gültigkeit verneinen: L. 2. D. de M. C. D. (39, 6), L. 8. pr. D. de peric. (18, 6), L. 3. 4. D. de reg. Cat. (34, 7). Die übrigen Argumente, welche man gegen die Retrotraction neuerdings (Zusatz zu Note t des Lehrbuchs) geltend gemacht hat, sind nicht entscheidend: L. 7. pr., L. 9. pr. D. de iure dot. (23, 3) betrifft eine bloße conditio iuris, L. 14. §. 3., L. 22. pr. D. quando dies (36, 2) verneinen nicht die Retrotraction, sondern die Erfüllung der Bedingung. A. d. H.).

Willen des bisher Berechtigten, der dadurch sein Recht verlieren soll, abhängig gemacht ist, ebenso, wenn von dem des bedingten Schuldners. Hier ist die Retrotraction nicht als Intention anzunehmen, da es ja von ihm abgehangen, die Bedingung sofort existiren zu lassen, wenn er das Geschäft hätte wirksam machen wollen.

2) Die Retrotraction äußert ihre Wirkung auch auf die Nutzungen und Früchte der Sache in der Zwischenzeit, die also ebenfalls dem bedingt Berechtigten existente conditione zufallen. Dies hat eine Ausnahme bei Vermächtnissen (was man häufig viel zu allgemein so ausgedrückt hat, daß bei Vermächtnissen die Retrotraction ganz wegfalle).[2] Diese Wirkung der Retrotraction kann auch bei Rechtsgeschäften inter vivos durch eine entgegengesetzte Intention der Parteien, die sich aus den Umständen ergeben kann, beseitigt werden, so daß die Retrotraction die erste nicht aber diese zweite haben kann.

Bei Erbeinsetzungen kommt die Retrotraction gar nicht in Frage, sie wird absorbirt durch den Grundsatz, daß jeder Erbe, wann er auch erwirbt, als Erbe gilt von der Zeit des Todes des Erblassers. Dies gilt von unbedingten und bedingten Erbeinsetzungen. Was also bei diesen sonst jener Grundsatz bewirkt, das bewirkt hier schon jene in der Natur des Erbrechts liegende Nothwendigkeit.

Der zweite Fall der Bedingung ist, daß die Aufhebung des Rechtsverhältnisses davon abhängig gemacht ist, das Geschäft ist in conditionem errichtet, es ist kein bedingtes, sondern ein unbedingtes, Resolutivbedingung. Pendente conditione existirt

---

2) Darauf ist zu beziehen L. 42. pr. D. de O. et A. (44, 7): Is cui sub conditione legatum est, pendente conditione non est creditor, sed tunc cum exstiterit conditio, quamvis eum qui stipulatus est sub conditione, placet etiam pendente conditione creditorem esse. — Placet — creditorem esse heißt also nicht, er war schon damals Gläubiger, sondern er wird impleta conditione so behandelt, als ob er es schon damals gewesen wäre. (Der wahre Sinn und Zusammenhang ist (nach der Inscription, §. 1. der L. 42. cit. und L. 2. D. de cess. bon. (42, 3), L. 134. pr. D. de R. J. (50, 17) die aus demselben Buch genommen sind) vielmehr folgender: es fragte sich: inwiefern ein conditionalis creditor (L. 54. 55. D. de V. S. 50, 16) vor erfüllter Bedingung Geschäfte des Cridars anfechten könne, durch welche die Gläubiger verkürzt sind? Der Jurist verneint die Frage bei einem bedingten Legatar, da dieser erst mit erfüllter Bedingung eine Forderung erhält, er bejaht sie dagegen in Bezug auf bedingte Contractsgläubiger, da diese sie schon durch den Contract mit der Wirkung erhalten haben, daß ihr Recht, wenn sie pendente conditione sterben, auf ihre Erben übergeht, während das Legat in dem gleichen Fall erlöschen würde L. 27. pr. D. qui et a quib. (40, 9). A. d. H.).

das Verhältniß, die Ungewißheit seiner Dauer steht seiner gegenwärtigen Wirkung nicht entgegen. Diese Ungewißheit fällt weg bei der Deficienz der Bedingung, die Dauer ist definitiv geworden. Die Existenz der Bedingung vernichtet das Verhältniß und zwar so, daß sie das bisherige Dasein als ein bloßes Scheindasein aufzeigt. Mit anderen Worten: auch für die Resolutivbedingung gilt, und aus demselben Grund die Retrotraction. Es wird durchweg so beurtheilt, als wäre das Rechtsverhältniß nie vorhanden gewesen. Auch hier aber können Modificationen eintreten durch die Intention der Parteien, so namentlich in Beziehung auf die Zurückgewährung der bezogenen Früchte, die allerdings der Regel nach stattfindet. Einen besonderen Fall hinsichtlich der Früchte s. §. 263 a. E.

Um diese Wirkung zu haben, muß die Resolutivbedingung gleich bei dem Geschäft gestellt sein, dessen Existenz dadurch betroffen werden soll. Außerdem hat sie nur die Wirkung eines besonderen Vertrags, sie ist Verabredung der Aufhebung unter einer Suspensivbedingung, z. B. der Gläubiger soll nichts zu fordern haben unter dieser Bedingung, oder dieser Eigenthümer soll aufhören es zu sein unter dieser Bedingung. (S. auch §. 299 a. E. und Note q des Lehrb.).

Zeitbestimmungen.

§. 62.

Die Zeitbestimmung, dies, kann wie die Bedingung 1) den Anfang des Verhältnisses bezeichnen, ex die, in diem (terminus a quo) analog der Suspensivbedingung, 2) das Ende, ad diem (terminus ad quem), analog der Resolutivbedingung.

Aber die Wirkung ist ganz verschieden. Nicht die Existenz, sondern die Geltendmachung des Verhältnisses wird dadurch betroffen. Der Gläubiger in diem ist schon Gläubiger, nur kann er die Forderung noch nicht ausüben. Vgl. Note f am Ende.[1]

Ebenso ist es bei dem Endtermin. Er hebt das Verhältniß nicht ipso iure auf, sondern entzieht ihm nur die Wirkung, besei-

1) L. 41. §. 1. D. de V. O. (45, 1): dies adiectus efficit, ne praesenti die debeatur, wo deberi eben dieses bedeutet.

tigt es also indirect. Ausgenommen sind einige wenige Fälle, z. B. Usufructus, Societas, Mandat 2c. Ferner tritt auf keine Weise eine Retrotraction ein.

Wegen dieser Verschiedenheit ist es von Wichtigkeit, Bedingung und Zeitbestimmung genau zu unterscheiden. Im Ausdruck: si — cum, wenn — wann 2c. Aber dies ist nicht für sich entscheidend. Es kann eine Bedingung ausgedrückt sein in der Form einer Zeitbestimmung; dadurch wird sie nicht verändert, z. B. wenn du die A heirathest — am Tage der Heirath mit der A [nicht die Existenz der Schuld, sondern deren Geltendmachung].

Der Unterschied liegt in der Gewißheit der Existenz [die bei der Bedingung fehlen, bei dem dies vorhanden sein muß]. Wo eine Ungewißheit der Existenz des Verhältnisses damit gesetzt ist, ist die Nebenbestimmung eine Bedingung.

Die Ungewißheit bei einem Zeitpunkt kann das Ob? und das Wann? betreffen. Ein dies ist certus vor Allem, wenn beides, ebenso aber auch wenn nur das Ob? gewiß ist, z. B. Todestag, Auflösung der Ehe, Verlöschen eines Lichts (sonst bei Subhastationen gebräuchlich), Dauer einer Reise an einen gewissen Ort. In beiden Fällen ist also eine Zeitbestimmung keine Bedingung. Dagegen ist ein dies incertus eine Bedingung, nicht bloß wenn beides, sondern auch, wenn nur das Ob? ungewiß ist, z. B. der Tag, an dem du großjährig wirst (als Termin der Vormundschaft ist es ein dies, weil das Ob? gewiß ist, da die Vormundschaft, wenn der Mündel vorher stirbt, nur früher sich endigt).

Vorhin ist gesagt worden, daß ein dies certus an, incertus quando ein dies certus sei. Ein solcher ist der Todestag eines Menschen. Durch Verbindung mit einem andern Umstand kann er incertus werden, so wenn ihn ein Anderer erleben soll.

Wenn ein Vermächtniß auf den Todestag eines Dritten gestellt ist, so wird angenommen, daß der Legatar ihn erleben muß, also eine Bedingung.[2] Anders bei dem Todestag des Legatars, denn es ist gewiß, daß er ihn erlebt.[3]

2) L. 79. §. 1. D. de cond. (35, 1).
3) L. 79. pr. eod.

Modus.

§. 63.

Der Begriff des Modus ist streitig. Einige nehmen ihn für jede Nebenverpflichtung, die einem Empfänger auferlegt wird. Mehrere beschränken es auf Liberalitäten: Schenkungen und Vermächtnisse. Die letzte Beschränkung ist entschieden unrichtig, z. B. Vermiethung einer Wohnung, dem Miether wird eine Summe für gewisse Einrichtungen gegeben, s. die Stellen Note c.[1] Aber allerdings ist der Modus zu unterscheiden von der Gegenleistung bei einem onerosen Geschäft, denn er ist Nebenbestimmung, diese Hauptbestimmung. Dagegen ist die erste Definition zu weit.

Modus ist die Nebenbestimmung, wodurch die Verwendung zu einem gewissen Zweck geboten wird. Man hat dagegen L. 1. cit. Note b des Lehrb. angeführt: die Auflage einen gewissen Mann zu heirathen.[2] Aber einmal kann diese wirklich unter jenen Begriff fallen, Verwendung zu diesem Behuf; dann aber sagt jene Stelle vielmehr, sie sei als Bedingung zu behandeln. Manche haben dies modus mixtus, mit einer Bedingung vermischt, genannt im Gegensatz von modus purus. [Diese Eintheilung ist aber ganz unnütz, der modus mixtus ist, wie in jener Stelle, eigentlich eine Bedingung und nur scheinbar ein Modus].

[Der Modus wird mit ut, die Bedingung mit si ausgedrückt. Aber es ist [auch hier] auf die Absicht des Verfügenden zu sehen. L. 1. cit. sagt, auch das als Modus Ausgedrückte kann als Bedingung zu behandeln sein].

Erklärung der L. 80. cit. Note b des Lehrb.[3] In derselben

---

1) (L. 58. §. 2. D. locati (19, 2). (Hier kommt indeß der Modus als eigenthümliches Rechtsinstitut nicht vor; dies ist er nur bei Schenkungen und Legaten, wo die lex Cincia und Furia ein Maximum (modus) vorgeschrieben hatten, mithin die Frage entstehen mußte: inwiefern der Zusatz einer Vermögenslast die immodica donatio ꝛc. in eine donatio oder legatum sub modo d. h. infra modum oder in ein oneroses Geschäft umwandle. Böcking, Einl. in d. Pand. S. 404. A. d. H.).

2) L. 1. C. de his qu. sub modo (6, 45): In legatis quidem et fideicommissis etiam modus adscriptus pro conditione observatur. Sed si per te non stat, quominus voluntati testatoris pareas, sed per eum, cui nubere iussa es, quo minus id, quod tibi relictum est, obtineas, non oberit.

3) L. 80. D. de cond. (35, 1): Eas causas, quae protinus agentem repellunt, in fideicommissis non (*gl.* alias deest non) pro conditionalibus observari oportet, eas vero, quae habent moram cum sumtu, admittemus cautione oblata. Nec enim parem dicemus eum, cui ita datum sit: si monumentum fecerit, et eum, cui datum est: ut monumentum faciat.

werden Bedingung und Modus gegenübergestellt. Gemeinschaftlich ist beiden, daß etwas geschehen soll, das jetzt noch nicht geschehen ist, daß also eine Mora vorliegt. Ohne non ist der Sinn: Wo die Nebenbestimmung die Wirkung hat, daß eine sofortige Klage als unzulässig erscheint (also protinus gehört zu agentem), ist es eine Bedingung; ist es ein Modus (mora cum sumtu, mit der Verpflichtung der Verwendung ist ein Aufschub verknüpft), so kann sofort geklagt werden, nur mit Anbietung der Caution. So ist denn ein Unterschied zwischen dem Ausdruck si und ut.

Mit non dagegen ist der erste Satz als Gegensatz zu mora zu betrachten, also ein Fall vorauszusetzen, wo die Bedingung schon entschieden und deficient ist; es wäre also protinus zu repellunt zu ziehen. Dies ist jedoch keine Bedingung, weil keine Suspension, keine Mora vorhanden ist. Dann aber würde si monumentum fecit zu lesen sein.

Noch eine Erklärung ist unter Beibehaltung des non möglich, wobei protinus wie oben zu agentem gezogen und das non pro cond. oportet so verstanden wird: nicht nothwendig sind sie als bedingt zu behandeln (also wie non statim). Denn sie können auch Zeitbestimmungen sein, welche eine sofortige Klage nicht zulassen. Dann hätte der Jurist alle drei Nebenbestimmungen im Auge: 1) solche, welche die sofortige Forderung ausschließen, conditio und dies; 2) die sie nicht ausschließen, modus. In allen Fällen ist eine mora der Erfüllung: der Bedingung, der Zeit, des Modus vorhanden.

Wirkung des Modus:

1) Modus ohne Absicht zu verpflichten (modus simplex) ist ein guter Rath. Dies ist anzunehmen, wenn bloß der Erfüllende eine Interesse hat.[4]

2) Ist die Absicht der Verpflichtung vorhanden (modus qualificatus), so hängt von der Erfüllung nicht die Existenz des Geschäfts ab (Unterschied von der Bedingung).

3) Dagegen schließt der Modus eine Verbindlichkeit zur Erfüllung ein (nicht so bei der Bedingung).

4) Die Geltendmachung des Geschäfts erleidet keinen Aufschub, wenn der Onerirte Caution leistet. Diese Caution kann fordern bei Verträgen der Schuldner, wenn er ein Interesse hat,

4) L. 71. pr. D. de cond. (35, 1).

bei Vermächtnissen der onerirte Erbe, auch ohne Interesse. Sein Interesse ist der Gehorsam gegen den Erblasser.

5) Auf die Erfüllung wird eine Klage gegeben aus der Caution; aber auch ohne Caution haben die Klage jene Personen, ferner auch ein Dritter, dem dadurch etwas zukommen soll, bei letztwilligen Dispositionen, in Ermangelung anderer Interessenten, die Obrigkeit, wenn ein öffentliches Interesse vorliegt, oder auch aus Rücksicht auf den Willen des Testators.[5]

Erklärung des Willens.

§. 64.

Die Form der Willenserklärung kann eine bestimmte, solenne, feierliche sein (s. das Lehrbuch). Am häufigsten ist im neuesten Recht Mitwirkung einer öffentlichen Person, eines Notars oder Richters, Aufnahme des Geschäfts vor und durch Gerichtsbehörden. Dieser Theil des richterlichen Amts heißt voluntaria iurisdictio (gegenüber der contentiosa iurisdictio). Die Rechtsgeschäfte sind also für den Richter actus voluntariae iurisdictionis entweder merae, wobei die Thätigkeit des Richters rein durch den Willen der Parteien bestimmt wird, nur daß er nicht seine Mitwirkung zu einem evident ungültigen Geschäft leihen darf, oder mixtae, wo er nach eigenem Ermessen handelt, mit causae cognitio.

Solche bestimmte Formen können den Zweck haben 1) die Gewißheit des Willens außer Zweifel zu setzen, die Aechtheit der Erklärung zu garantiren, 2) widerrechtliche Einflüsse möglichst zu verhindern, 3) das Zustandekommen des Geschäfts zu constatiren, 4) die Gewißheit für die Zukunft zu erhalten. — Ob diese Zwecke erreicht werden, wird von der Beschaffenheit der Form abhängen. Man hat in dieser Beziehung die richterliche Mitwirkung für die beste Form gehalten. Aber der Vortheil einer sorgfältigen und nachtheilige Einflüsse beseitigenden Abschließung wird häufig durch die Vielheit der Fälle und Ueberhäufung der Gerichte vereitelt, so daß nicht weniger Processe bei gerichtlicher Form zu entstehen pflegen, als wo die Geschäfte privatim abgeschlossen werden. Auch

---

5) (Ueber die Voraussetzung (im technischen Sinne) als Selbstbeschränkung des Willens vgl. den Zusatz im Lehrbuch. A. d. H.).

wiegt öfters die Unbequemlichkeit und Kostspieligkeit dieser Form ihre allenfalsigen Vortheile auf.

Die rechtliche Vorschrift einer Form hat regelmäßig die Wirkung, daß die Geschäfte ohne dieselbe ungültig sind. Doch können auch nur gewisse vollkommenere Wirkungen von ihrer Beobachtung abhängig gemacht sein.

Die Form ersetzt nicht die inneren Erfordernisse des Rechtsgeschäftes. Man hat die richterliche Mitwirkung gerichtliche Confirmation genannt. Dies darf nicht so verstanden werden, als wenn dadurch ein wegen materieller Mängel ungültiges Geschäft gültig würde. Confirmatio nil novi dat, sed quod adest tantum corroborat.

Die Regel für das heutige Recht ist, daß eine bestimmte Form nicht vorgeschrieben, also die Form der Willkühr überlassen ist. Hier giebt es kein anderes Erforderniß, als in dem Wesen der Willenserklärung liegt. Die Erklärung kann 1) eine ausdrückliche sein, durch Mittel der Mittheilung, die keinen anderen Zweck als diesen haben, Worte (mündliche oder schriftliche), Zeichen, die die Worte vertreten, nutus;

2) eine stillschweigende, durch Handlungen, die nicht bloß in der Absicht, diesen Willen zu erklären, vorgenommen werden, die aber aus diesem Willen hervorgehen, und aus denen daher auf ihn zurückgeschlossen werden kann, concludente Handlungen; (auch Worte können eine stillschweigende Erklärung eines sonstigen Willens, außer dem, den sie ausdrücken sollen, enthalten). Z. B. pro herede gestio, Zurückgeben des Schuldscheins (wenn keine andere Absicht unterliegt, die den Erlaß ausschließt), stillschweigender Consens in der schriftlichen Aufsetzung oder Unterschrift des Geschäfts, zu dem man zu consentiren hat. Inwiefern schon das bloße Stillschweigen eine Erklärung ist s. Note f d. Lehrbuchs.

Ueber die Eigenschaft der Concludenz lassen sich keine näheren allgemeinen Regeln geben, es ist Sache der Interpretation, quaestio facti, nicht iuris. Dem Handelnden selbst aber ist ein Mittel gegeben, solchen Schlußfolgerungen, die ihm nachtheilig wären, zuvorzukommen: Protestation, Erklärung gegen eine Deutung einer eigenen Handlung, z. B. des Begrabens eines Todten, der Ernährung eines Verwandten als Liberalität. Ist ein Vorbehalt von Rechten damit verbunden, deren Verlust außerdem die Folge sein könnte, so heißt die Erklärung Reservation. Es versteht sich,

daß die eigene Deutung verbindlich sein muß, und der Handlung nicht widersprechen darf, z. B. Reservation des Eigenthums bei einer Zolldefraudation. Protestation ist nur bei eigenen Handlungen möglich. Gegen fremde Handlungen ist in Beziehung auf die Folgen des Stillschweigens dazu wahre Protestation denkbar, sonst ein bestimmtes Rechtsmittel, für das nur Bequemlichkeit und Unwissenheit jenen Ausdruck braucht, z. B. operis novi nunciatio. — Die Concludenz einer Handlung kann ferner durch einen Irrthum ausgeschlossen werden, in welchem der Handelnde sich befand, indem er gewiß nicht gewollt, was er nicht gewußt hat, z. B. stillschweigender Verzicht, wenn der Pfandgläubiger in die Veräußerung seines Pfandes willigt, nicht wenn er sein Pfandrecht gar nicht kannte.

Uebereinstimmung von Wille und Erklärung.

§. 65.

Weder Wille für sich, noch Erklärung für sich macht das Rechtsgeschäft, sondern nur ein Wille, der erklärt ist, eine Erklärung, die dem Willen entspricht. Daher das Erforderniß der Uebereinstimmung beider.

1) Absichtliche Nichtübereinstimmung ist Abgeben einer Erklärung, die den wahren Willen nicht ausdrücken soll. Dies kann offen geschehen, z. B. Abfassung eines Contracts zum Behuf eines bloßen Formulars, oder mit Verhüllung des wahren Willens, also mit der Absicht der Erklärung, den Schein eines wirklichen Geschäfts zu geben, Simulation (Erklärung, die den wahren Willen nicht enthält, aber diesen Schein haben soll). Zwei Fälle sind möglich: a) es ist ein anderes Geschäft beabsichtigt. Hier gilt dieses, wenn dessen Erfordernisse vorhanden sind, also doch auch eine Erklärung dieses Willens vorliegt, und das Geschäft nicht etwa verboten ist, z. B. [gilt die Schenkung unter der Simulation eines Kaufs, wenn sie nur sonst gültig ist, nach der Regel: Plus valere, quod agitur, quam quod simulate concipitur]; b) es ist kein anderes Geschäft beabsichtigt, oder das beabsichtigte ist entweder materiell ungültig, z. B. Schenkung unter Ehegatten, oder wegen Mangels der Form, z. B. Kauf um einen anderen Preis, als der geschrieben, ist kein schriftlicher Kaufcontract. Hier existirt gar kein gültiger Act, denn niemals gilt das Simulirte.

2) Unabsichtliche Nichtübereinstimmung wegen Mangels des Willens. Dies kann namentlich durch einen Irrthum veranlaßt werden. Hier tritt der Fall eines Irrthums ein, der den Willen ausschließt, und darum (nicht gerade des Irrthums wegen) das Geschäft ungültig macht.

Ein Irrthum kann bewirken, daß der Wille nicht existirt, oder bei Verträgen ein Wille mit dem anderen nicht übereinstimmt. Der Grund der Ungültigkeit ist nicht der Irrthum, sondern der Mangel des Willens oder seiner Uebereinstimmung. Daher kommt es, wie überhaupt nicht auf den Irrthum, sondern auf den Willen, so auch nicht auf die Art des Irrthums an.

Einzelne Fälle:

a) Irrthum über die Identität der Person. Der Handelnde hat eine andere Person im Sinn, als für die er sich erklärt hat, error in corpore hominis. So bei der Erbeinsetzung: placet neque eum heredem esse, qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur, neque eum quem voluit, quoniam scriptus non est.[1] Ebenso bei Verträgen; die Proposition gelangt an einen Anderen, als mit dem ich contrahiren wollte. Dagegen wird der Vertrag nicht ungültig durch einen Irrthum über die Eigenschaften, welche ein Motiv waren, mit dieser Person zu contrahiren. Nur bei letztwilligen Dispositionen kann dies eine Ungültigkeit herbeiführen (s. oben). Dieser Irrthum macht das Geschäft nicht nichtig, aber er kann die Aufhebung begründen, insofern die Person nicht die Eigenschaften besitzt, welche zu der von ihr übernommenen Leistung nothwendig sind, z. B. es wird ein Hauslehrer angenommen, und es findet sich nachher, daß er ein Jude ist.

b) Irrthum über die Identität des Gegenstandes, error in corpore. Der Handelnde hat einen anderen Gegenstand im Sinn, als den er bezeichnet hat; hier hat er weder über den einen noch über den anderen disponirt. Bei Verträgen ist dies der Fall, wenn beide Contrahenten verschiedene Gegenstände im Sinn haben. Je nachdem der Gegenstand der Species oder dem Genus nach genommen wird, ist es der Irrthum über das Individuum oder die Gattung, welcher diese Wirkung hat. Der Irrthum kann aber auch die Summe betreffen. Bei verschiedenen Sum-

---

1) L. 9. pr. D. de hered. inst. (28, 5).

men, welche die Contrahenten im Sinne haben, können sie in die geringere consentiren, wenn entweder keine Gegenleistung stattfindet (Schenkung), oder bei einer Gegenleistung derjenige, welcher die Summe empfangen soll, die mindere im Sinn hat, z. B. der Verkäufer, Vermiether.

Dem error in corpore steht sehr nahe der error in substantia, Irrthum über Eigenschaften, deren Mangel den Gegenstand in der That zu einem anderen macht, die also gewissermaßen mit die Identität des Gegenstandes bestimmen, z. B. Irrthum über die Beschaffenheit der Flüssigkeit: Wein oder Essig; über das Geschlecht des Sclaven, Gold oder vergoldetes Silber oder Kupfer.

Einige römische Juristen blieben streng dabei stehen, es sei ein consensus in corpore und daher ein gültiges Geschäft vorhanden. Andere behaupteten mit Recht, in gewissen Fällen sei die Substanz äqual dem Corpus, die Substanz habe die Bedeutung der Individualität, daher müsse Ungültigkeit eintreten.[2] Diese Meinung ist von Justinian recipirt.

Bei der Anwendung ist hier zu untersuchen, ob in einem Fall die Eigenschaft, von der es sich handelt, wirklich im Verkehr der Identität des Individuums gleichsteht. Das wird z. B. bei jenen Flüssigkeiten der Fall sein, ferner bei dem Stoff eines Geräthes, bei dem die Facon nicht das Vorwiegende ist, nicht dagegen wo der Stoff zurücktritt, und bei der Benutzung der Werth nicht hauptsächlich in Anschlag kommt, z. B. Gehäuse einer Taschenuhr — Gehäuse eines Chronometers. Auf keine Weise gehören hierher Eigenschaften, welche die Sache gar nicht ihrem Stoff nach zu einer anderen machen, [z. B. wenn jemand Wein kauft, und denkt, es sei eine bessere Sorte, als er bekommt, oder das Gold ist schlechter, von geringerem Gehalte (inauratum heißt nicht „vergoldet", sondern „schlechtes, versetztes" Gold)].[3]

---

2) (Den scheinbaren Widerspruch zwischen den beiden Stellen des Paulus Note h. arg. L. 10. D. de C. E. (18,1) und L. 22. D. de V. O. (45,1) hat man entweder durch Unterscheidung zwischen Kauf und Stipulation (Schulting, Notae ad Dig. ad h. l., Savigny, System III. S. 300) oder zwischen ächtem und unächtem Irrthum, d. h. dem Gewicht, welches der Irrende auf die Substanz gelegt hat, zu beseitigen versucht (Renaud, Archiv für civ. Pr. XXVIII. 10. (1845), Note h des Lehrbuchs). Die erstere Ansicht scheint die begründetere. A. d. H.).

3) (Man darf daher nicht mit Renaud (Note h des Lehrbuchs) die Gültigkeit des Geschäfts bloß von der Unterscheidung zwischen „ächtem (den Consens nicht ausschließendem) und unächtem" Irrthum abhängig machen, neben welcher

c) Irrthum über das Geschäft, der die Folge hatte, daß der Handelnde gar nicht dieses Geschäft beabsichtigte, oder beim Vertrag, daß beide ein verschiedenes im Sinne hatten, [z. B. Schenkung, die der Empfänger als Darlehen annimmt. Hier ist gar kein Geschäft abgeschlossen. Der Geber mit dem animus donandi kann zurückfordern was der Andere als Darlehen angenommen hatte; nur giebt die Consumtion dem Empfänger die exceptio doli, weil der Geber es mit als Geschenk zu geben beabsichtigte].

3) Unabsichtliche Nichtübereinstimmung wegen Mangels in der Erklärung. So lange die Erklärung noch immer als Erklärung dieses Willens qualificirt werden kann, wenn auch als fehlerhafte und unrichtige, kann nicht schlechthin Ungültigkeit des Geschäfts behauptet werden. Daher: falsa demonstratio non nocet. Anders wenn sie so mangelhaft ist, daß sie gar nicht als Erklärung dieses Willens gelten kann. Hier ist ein Wille ohne Erklärung, daher das Geschäft ungültig, z. B. es hat Jemand seine Bücher vermacht, und es wäre nachzuweisen, daß er auch seine Weine darunter verstanden hätte (rerum enim vocabula immutabilia sunt). Anders wenn es sich bloß um eine Verwechslung des **Namens** handelt (hominum mutabilia).[4]

Interpretation der Rechtsgeschäfte.

§. 66.

S. das Lehrbuch.

Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte.

§. 67.

Die Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte läßt sich von formeller und von materieller Seite betrachten.

die Begriffe von error in substantia, qualitate, wesentlichem und unwesentlichem Irrthum gar nicht mehr in Betracht kämen. Diese haben vielmehr einen objectiven Grund, dessen Mangel durch die bloße Absicht der Contrahenten nicht ersetzt wird. A. d. H.).

4) L. 4. pr. D. de leg. I. (30): Si quis in fundi vocabulo erravit, et Cornelianum pro Semproniano nominavit, debebitur Sempronianus; sed si in corpore erravit, non debebitur. Quodsi quis, quum vellet vestem legare, supellectilem adscripsit, dum putat supellectilis appellatione vestem contineri, Pomponius scripsit, vestem non deberi, quemadmodum si quis putet, auri appellatione electrum vel aurichalcum etiam argentum contineri. Rerum enim vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia.

In ersterer Hinsicht ist zwischen Nullität und Anfechtbarkeit zu unterscheiden.

1) Nichtig ist das Geschäft, wenn es in Folge eines gewissen Mangels ipso iure nicht besteht, so gut als wenn gar nichts geschehen wäre (nullum negotium, kein Geschäft). Diese Nullität tritt ein: a) wenn ein wesentliches Erforderniß, ohne welches das Geschäft schlechterdings nicht denkbar ist, fehlt (s. die bisherigen: Handlungsfähigkeit, Dispositionsfähigkeit, Wille, ernstliche Absicht, Erklärung), b) wenn das Geschäft einem verbietenden Gesetz zuwider ist. Im älteren Recht war sie beschränkt auf leges perfectae; im neueren Recht ist sie unbeschränkt, soweit nicht etwa das Gesetz selbst ein anderes vorgeschrieben hat.

2) Rescissibel, wenn es an sich besteht, aber ein Umstand einer Person das Recht giebt, es aufzuheben. Das Geschäft hat ipso iure seine Wirkung, es entsteht daraus ein Recht, aber dieser Wirkung steht das Recht einer anderen Person entgegen, durch dessen Gebrauch sie zerstört, also das Geschäft unwirksam gemacht, mithin aufgehoben wird. Der praktische Unterschied zwischen dieser und der ersten Ungültigkeit ist, daß die Aufhebung abhängt 1) von der Existenz eines (rescissorischen) Rechtsmittels, das möglicherweise verloren werden, und dadurch also das Geschäft unangefochten stehen bleiben kann, 2) von dem Willen des Berechtigten, Gebrauch davon zu machen. Dagegen ist kein Unterschied in Beziehung auf den Umfang der Aufhebung.

Diese Art der Ungültigkeit tritt ein: a) wenn der Natur der Sache nach der Mangel kein solcher ist, mit dem die Existenz des Rechtsgeschäfts an sich undenkbar ist (z. B. Zwang, Irrthum in den Motiven, Betrug s. oben); soweit nicht etwa durch willkührliche Vorschrift als Anomalie die Nichtigkeit dennoch festgesetzt ist. b) Wenn aus anderen exoterischen Gründen dieser Weg als der unter gewissen Umständen geeignetere befunden worden ist, indem hier der Erfolg auf den Willen des Betheiligten gestellt ist, z. B. Präterition eines Notherben nach neuestem Recht; es schien hier passender, darauf Rücksicht zu nehmen, daß ja vielleicht diesem gar nichts daran gelegen ist rc. Oder es lassen sich die Voraussetzungen der Ungültigkeit nicht so allgemein und objectiv feststellen, z. B. in integrum restitutio.

Ein dritter Grund dieser Form war das Verhältniß des prätorischen Rechts zum Civilrecht. Der Prätor konnte nicht für null

erklären was iure civili bestand. Diese Veranlassung fällt für das heutige Recht weg. [Erscheint also Etwas nur aus diesem Grunde nicht als nichtig, sondern nur als rescissibel, so wird es bei uns zur Nullität].

Irrthümer:

1) Nullität sei anfängliche Ungültigkeit, Rescission nachher eintretende. Aber auch diese kann Nullität, und die Anfechtbarkeit kann umgekehrt von Anfang begründet sein. Es ist ein Mißverständniß der Wahrheit, daß bei der Anfechtbarkeit das Rechtsgeschäft bis zur Rescission besteht.

2) Behandlung mancher Anfechtbarkeit als Nullität z. B. Zwang, s. oben.

3) Behandlung der Nullität wie eine Rescission, d. h. Forderung einer Annullation durch eine querela nullitatis. Nullität kann kein Grund für eine Klage sein, und was null ist braucht nicht erst aufgehoben zu werden.

Diese Lehre hat ihren Ursprung im canonischen Recht, in dem z. B. eine annullatio matrimonii, ferner im Proceß, wo eine Anfechtung des Urtheils als nichtig vorkommt. D. h. man hat hier die reine Ungültigkeit ipso iure aus verschiedenen Gründen ungeeignet gefunden, z. B. um die Aufhebung zu constatiren, und einen späteren Zweifel zu verhüten; bei der Ehe, um nicht Privattrennungen unter dem angeblichen Schein einer nicht untersuchten Nichtigkeit zu veranlassen. Man hätte nun die Sache freilich einfacher als Anfechtbarkeit behandeln können, aber aus verschiedenen Gründen hat man nöthig geglaubt, den Namen oder Begriff der Nullität beizubehalten (z. B. im canonischen Recht, um nicht den Anschein der Aufhebung einer gültigen Ehe zu geben), und dadurch ist diese Anomalie entstanden, die auf die wenigen Fälle zu beschränken ist, in denen sie wirklich stattfindet. Dies haben Viele auch auf die Nullität des Civilrechts übergetragen, wo es durchaus keine Anwendung findet.

4) In neuester Zeit hat man neben der Nullität (der absoluten) und der Anfechtung noch eine dritte zwischen beiden stehende Art der Ungültigkeit angenommen unter dem Namen relativer Nullität, d. h. Nullität nur zu Gunsten gewisser Personen, die allein das Recht haben, sich darauf zu berufen. Dies ist ein falscher Begriff, es giebt keine relative Nullität. Nur die Rescissibilität ist etwas relatives. (Man ist darauf nur dadurch ge-

kommen, daß man Anfechtung durch Klage oder Einrede für den ausschließlichen Modus hielt. Diese Beschränkung liegt nicht im Begriff der Rescissibilität, sie läßt sich auch als einfache Erklärung, gerichtliche oder außergerichtliche denken). Kommen aber wirklich solche Fälle vor, so muß man sie als bedingte Nichtigkeit behandeln, — wie ja z. B. auch die Nichtigkeit der Veräußerung eines Dotalgrundstücks eine solche ist, davon abhängig, daß die Dos an die Frau fällt. Diese Bedingung kann auch auf dem Willen beruhen, z. B. Lex commissoria.

Materielle Seite der Ungültigkeit:

Es giebt eine gänzliche und eine theilweise Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte. Theilweise: Bestehenbleiben der gültigen Bestandtheile ohne die ungültigen. Utile per inutile non vitiatur.[1] Dieser Grundsatz tritt ein, wenn das utile gegenüber dem inutile selbstständig ist. Ein doppelter Fall ist hier denkbar: 1) der stehenbleibende Inhalt bildet noch immer dasselbe Geschäft, wenn nur Nebenbestandtheile ungültig sind, [z. B. Schenkungen über die gesetzliche Summe sind ohne gerichtliche Insinuation ungültig, aber gültig bis zum erlaubten Quantum von 500 Solidi, ebenso Zinsen über den gesetzlichen Zinsfuß]. 2) Er bildet ein anderes Geschäft, Conversion. Diese fordert a) die objectiven Bestandtheile des anderen Geschäfts, b) daß sie dem Willen der Parteien gemäß sei. Zuweilen kommt als drittes Erforderniß die namentliche Anordnung hinzu, der clausula codicillaris z. B.

Ferner ist die Ungültigkeit entweder von Anfang an vorhanden, oder sie wird durch einen nachher hinzukommenden Grund bedingt.

Das letztere tritt ein, wenn ein Erforderniß wegfällt, welches als dauernd vorausgesetzt wird, also ein Erforderniß nicht bloß der Errichtung, sondern der Existenz des Geschäfts, z. B. Jemand stipulirt eine Servitut und veräußert das Grundstück ohne die Forderung zu cediren, Verlust der Testamentifactio des Testators zur Zeit seines Todes. Dagegen nicht z. B. nachheriger Wahnsinn des Handelnden. Die verschiedenen Aeußerungen einiger Stellen (s. Note a des Lehrb.) widersprechen sich nicht, sondern zeigen, daß beide Grundsätze neben einander für verschiedene Fälle bestehen.

---

1) L. 1. §. 5. D. de V. O. (45, 1).

Manche Juristen haben eine stillschweigende Clausel: rebus sic stantibus annehmen wollen, das Geschäft sei ungültig, wenn die Umstände solche würden, unter denen es nicht geschlossen worden wäre. Diese würde alle Geschäfte unsicher machen, sie ist eine leere Erdichtung und längst verworfen.[2]

Umgekehrt kann ein ungültiges Geschäft nachher gültig werden, Convalescenz. Bei der bloßen Anfechtbarkeit findet dies der Natur der Sache nach statt (s. oben), bei der Nichtigkeit regelmäßig nicht, nur als seltene Ausnahme, wenn eine Voraussetzung der Nichtigkeit nachher wegfällt, z. B. das dotale praedium bleibt dem Mann. Ein Geschäft kann endlich convalesciren durch landesherrliche Confirmation, was als Privilegium zu beurtheilen ist. Die wahre Convalescenz wird retrotrahirt. Von ihr ist zu unterscheiden die Wiederholung des Geschäfts mit Vermeidung der Mängel, hier findet keine Retrotraction statt.

Von Schenkungen.

Begriff.

§. 68.

Eine ausgezeichnete Classe von Geschäften sind die, deren Inhalt und Zweck eine Veräußerung, Minderung des Vermögens um einen Bestandtheil ist. Sie steht unter gewissen gemeinsamen Grundsätzen in Beziehung auf Handlungsfähigkeit, Dispositionsfähigkeit, sonstige Beschränkungen, z. B. Veräußerungsverbote u. s. f. Unter diesen hebt sich wieder eine Abtheilung durch eine eigenthümliche juristische Natur besonders hervor, die Liberalitäten, und noch specieller die Schenkungen. Es besteht eine Anzahl Vorschriften, die auf ein Rechtsgeschäft darum Anwendung finden, weil es unter den Begriff einer Schenkung fällt, und die dieser eigenthümlich sind. Namentlich giebt es Einschränkungen, denen

2) Man hat sich dabei auf Stellen berufen, die nichts davon enthalten, wie L. 38. pr. D. de solut. (46,3): Quum quis sibi aut Titio dari stipulatus sit, magis esse ait, ut ita demum recte Titio solvi dicendum sit, si in eodem statu maneat, quo fuit, quum stipulatio interponeretur. Ceterum sive in adoptionem, sive in exilium ierit, vel aqua et igni ei interdictum, vel servus factus sit, non recte ei solvi dicendum; tacite enim inesse haec conventio stipulationi videtur, si in eadem causa maneat. Es ist hier bloß vom solutionis causa adiectus die Rede.

diese unterliegt, theils in Beziehung auf die Personen, theils auf den Betrag, theils hinsichtlich der Rechtsbeständigkeit und Dauer des Geschäfts. Darum ist es wichtig, den Begriff der Schenkung genau zu fassen.

Schenkung ist

1) eine Veräußerung d. h. Minderung des Vermögens um einen Bestandtheil, und Vermehrung des Vermögens eines Andern um denselben. Daher ist keine Schenkung die testamentarische Zuwendung. Am klarsten ist dies bei der Erbeinsetzung, der Testator wird noch immer als Subject des Vermögens fortgedacht, es ist ihm nicht fremd geworden. Eher könnte man das Vermächtniß so nennen,[1] aber der Testator mindert nur ein künftiges Vermögen (die Erbschaft), als dessen Subject er gedacht wird, aber nur vermöge einer Fiction, und das in seinen einzelnen Bestandtheilen (um die es sich beim Vermögen handelt) dem Erben unmittelbar gehört.

Keine Schenkung ist ferner das bloße Ausschlagen eines Gewinns, z. B. einer Erbschaft, eines Vermächtnisses, Erlaß künftiger Zinsen; Schenkung ist dies nur uneigentlich, insofern animus donandi vorhanden ist, aber die Grundsätze von Schenkungen finden keine Anwendung. Sonst müßte auch Ablehnung einer Schenkung eine Schenkung sein.

Jede wirkliche Veräußerung aber kann Schenkung sein, wenn die übrigen Momente hinzukommen. Eine Schenkung kann geschehen

a) durch Uebertragung eines Rechts des Schenkers auf den Beschenkten, z. B. des Eigenthums. Das Rechtsgeschäft, durch welches die Schenkung geschieht, ist hier Eigenthumsübertragung, die Schenkung ist die causa derselben. Rerum donatio. Ferner Bestellung eines ius in re, Cession einer Forderung;

b) durch Aufgeben eines Rechts zum Vortheil des Beschenkten ohne eigentliche Uebertragung, z. B. eines ius in re an seiner Sache, [Aufgeben einer Forderung gegen ihn, oder gegen einen Dritten mit der Bestimmung, daß Jener sie erhalte];

c) durch Verpflichtung des Schenkers, so namentlich durch Bestellung einer Forderung gegen ihn. Auch dies ist unter den

---

1) So geschieht es in L. 36. D. de leg. II. (31): Legatum est donatio testamento relicta (Modestin.).

Begriff der Veräußerung zu fassen, das Vermögen ist schon vermindert, das Geschuldete gehört nur noch nominell zu seinem Vermögen. Das Schenkungsgeschäft ist hier ein verpflichtender Vertrag, muß also die Erfordernisse eines solchen haben, damit die Forderung entstehe. (Schenkungsversprechen = Versprechen, das eine Schenkung enthält, nicht etwa Versprechen, zu schenken [was ein Widerspruch wäre]).

Aus diesen verschiedenartigen Formen ergiebt sich, daß es ein großer Irrthum ist, die Schenkung in das Obligationenrecht zu stellen. Bei der natürlichen und einfachsten Art der Schenkung kommt gar keine Obligatio vor. Die Schenkung ist eine mögliche causa der Erwerbung aller Vermögensrechte, daher gehört sie zu keiner Classe besonders, mithin in die Lehre von den Rechten überhaupt.

2) unentgeltliche Veräußerung, also reine Minderung des Vermögens, nicht blos specifisch, sondern auch dem Werth nach. In dieser Beziehung heißt die Schenkung liberalitas, Act uneigennütziger Gesinnung (nicht jede Liberalität ist Schenkung). Dadurch ist ausgeschlossen eine Gabe, zu welcher man rechtlich verpflichtet war, die Zahlung einer Schuld verändert nicht das Vermögen. Daher ist schon das Schenkungsversprechen die Schenkung, nicht erst die Erfüllung. Donari videtur quod nullo iure cogente conceditur.[2] Dagegen verträgt sich mit diesem Moment der Liberalität die Erfüllung einer sittlichen Pflicht, ein Dankbarkeitsact kann Schenkung sein (donatio remuneratoria). Dazu gehört aber, daß der Geber es selbst so betrachtet habe (animus donandi s. unten), nicht, wenn derselbe eine Bezahlung für einen Dienst leistete. So wird stets behandelt die Liberalität gegen einen Lebensretter; es sind also darauf nicht die Grundsätze von der Schenkung anzuwenden. Ein eigentlicher animus donandi wäre nicht sittlich und wird darum nicht angenommen.

3) Bereicherung des Empfängers, reine Vermehrung seines Vermögens. Die Schenkung giebt einen Erwerb ex lucrativa causa (nicht umgekehrt ist jede lucrativa causa Schenkung, z. B. Vermächtniß, Erbeinsetzung).

---

2) L. 29. pr. D. de donat. (39, 5).

Keine Schenkung giebt es, die den Empfänger nicht bereichert, (obwohl im gemeinen Leben, z. B. Schenken der Freiheit); namentlich also wird nicht geschenkt, wo etwas gegen Aufopferung eines entsprechenden Werths erhoben wird. Die Auflegung eines Modus verträgt sich mit dem Begriff der Schenkung, nur verringert er den Betrag derselben, wenn er in einer Aufopferung besteht. Es ist also nur das nach Abzug des Verwendeten übrig bleibende als geschenkt zu betrachten, wenn in der Verwendung eine Aufopferung liegt, nicht so bei der Verwendung zu eigenem Nutzen, insofern doch dadurch etwas erspart wird.

4) Absicht des Schenkers, den Beschenkten zu bereichern: animus donandi, z. B. wer zu wohlfeil verkauft, kann schenken oder nicht.

5) Uebereinstimmung des Empfängers mit dieser Absicht, Empfang als Geschenk. Keine Schenkung ist es z. B., wenn er das Gegebene als Zahlung empfängt. Ferner befreit Bezahlung einer fremden Schuld den Schuldner auch ohne sein Wissen, aber Schenkung ist sie nur, wenn er es weiß, und das Gegebene als Schenkung annimmt. Dieses Erforderniß läßt sich so ausdrücken: die Schenkung ist ein Vertrag. [Es muß ihr eine Uebereinkunft zu Grunde liegen].

[Ist der Erlaß des Honorar's durch den Lehrer eine Schenkung? Unterscheide 1) vor der Verpflichtung 2) nach der Verpflichtung].

Die donatio ist perfecta und absoluta, wenn die Minderung des Vermögens und Bereicherung wirklich und unwiderruflich geschehen ist. Imperfect wird sie durch eine Bedingung, von der jenes Resultat noch abhängt, 1) Suspensivbedingung, wo pendente conditione jener Erfolg noch gar nicht eingetreten ist, 2) Resolutivbedingung, wo dies geschehen, aber der Erfolg noch in seiner Dauer unentschieden, revocabel ist.

Eine donatio imperfecta ist stets die mortis causa donatio, deren Perfection von dem Tod des Schenkers abhängig gemacht ist, sei es in der Eigenschaft einer Suspensiv- oder Resolutivbedingung, s. unten.

Perfect kann sein die donatio inter vivos, eine Schenkung, die entweder schon jetzt perfect, oder deren Perfection wenigstens nicht auf den Tod gestellt ist. Denn auch sie kann mit einer Bedingung geschehen, nur ist diese nicht der Tod des Schenkers.

Donatio inter vivos.

Erfordernisse.

§. 69.

Die Schenkung hat allgemeine und besondere ihr eigenthümliche Erfordernisse.

Die allgemeinen sind 1) die der Rechtsgeschäfte überhaupt, 2) der Veräußerungen insonderheit, 3) noch specieller der Liberalitäten. Daher können Administratoren fremder Güter nicht schenken, auch wenn ihnen die Veräußerungsbefugniß zusteht, so Procuratoren, Vormünder, Filiifamilias in Beziehung auf das Peculium, auch bei libera administratio. Nur da gilt eine Ausnahme, wo die Anfechtung der Liberalität contra bonos mores wäre, 4) endlich die Erfordernisse des besonderen Rechtsgeschäfts, das in dem concreten Fall den Körper der Schenkung bildet, Eigenthumsübertragung, Bestellung eines ius in re, obligatorischer Vertrag. Nach römischem Recht war im letzten Fall Stipulation nöthig, Justinian hat hier ausnahmsweise dem bloßen Pactum Klagbarkeit gegeben. Heutzutage ist dies keine Ausnahme mehr.

Die besonderen Erfordernisse, die der Schenkung eigenthümlich sind, auf der anderen Seite aber für alle Rechtsgeschäfte, die unter diesen Begriff fallen, gelten, bestehen in gewissen Beschränkungen. Diese sind

1) persönliche, donationes inter virum et uxorem, s. unten §. 425.

2) Beschränkungen großer Schenkungen.

Nach der Lex Cincia 550 u. c. sollte eine Schenkung unbeschränkt nur an gewisse dem Schenker näher verbundene Personen, namentlich Verwandte, geschehen können (personae exceptae). Bei anderen war die Schenkung nur rechtsbeständig, wenn sie 1) eine gewisse [uns nicht bekannte] Summe nicht überstieg, und 2) in einer gewissen Form (Eigenthums- oder[1] Besitzübertragung) geschah. Außerdem konnte der Schenker sie jederzeit widerrufen,

1) (Es ist Eigenthums- und Besitzübertragung (conjunctiv, nicht alternativ) erforderlich. Die erstere allein reicht darum nicht hin, weil die Vindication des Beschenkten durch exceptio Cinciae oder in factum gehemmt ist. Aus demselben Grunde muß der übertragene Besitz selbst Dritten gegenüber fehlerfrei sein, sonst würden diese im Besitzstreit gewinnen und dem Beschenkten bliebe wieder nur das erfolglose Petitorium. Zusatz zu Puchta, Cursus der Inst. II. §. 206. cc. A. d. H.).

nur wenn er ohne Widerruf starb, war sie gültig [morte Cincia removetur].[2] Die Kaiser veränderten dieses Recht mehrfach, nach und nach ging es ganz unter.

Justinian setzte an seine Stelle Folgendes: Es ist kein Unterschied mehr zwischen Schenkungen an Verwandte und andere Personen. Die Schenkung kann stets durch alle jene Rechtsgeschäfte geschehen, in denen eine Veräußerung ins Werk zu setzen ist. Weiter ist keine Form nöthig, wenn die Schenkung nicht 500 solidi (1400 preußische Thaler) übersteigt (anfangs waren 300 festgesetzt, bei gewissen Schenkungen 500, endlich bestimmte man dieses allgemeine Maaß). Soll dieses Maaß überschritten werden, so ist gerichtliche Insinuation nöthig; ohne diese Form ist die Schenkung mit gewissen Ausnahmen (Schenkungen von dem Regenten und an ihn, Schenkungen zum Loskaufe von Gefangenen, zum Wiederaufbau zerstörter Gebäude, Bestellung einer Dos, sofern darin eine Schenkung an die Frau liegt) auf den Ueberschuß nichtig.

Die Anwendung könnte in einigen Fällen zweifelhaft scheinen, darum ist besonders von Justinian entschieden:

1) mehrere successive Schenkungen unter denselben Personen sind als einzelne zu betrachten (der Zweck des Gesetzes, übereilte Schenkungen von großem Belang zu verhüten, wird auch hier erreicht).

2) Bei Schenkung jährlicher Rente sind folgende Fälle möglich. Schon für Ein Jahr übersteigt sie die Summe, hier ist natürlich kein Zweifel. Wie aber wenn nicht (und dies wird auch bei der Reduction jener schon für Ein Jahr übermäßigen der Fall sein)? Hier ist zu unterscheiden. Die Rente ist geschenkt entweder a) auf eine bestimmte Zahl von Jahren, dann ist die Summe durch Addition zu ermitteln; b) auf immer oder auf die Erben beider Theile, hier ist stets Insinuation nöthig; c) bloß auf die Erben eines der beiden Theile, ebenso d) weder auf die Erben des Schenkers noch auf die des Beschenkten, dann ist keine Insinuation erforderlich. Die Sätze c. d. sind wegen Dunkelheit der L. 34. §. 4. C. de donat. (8, 54) bestritten. Die natürlichste Erklärung ist: immer wird Insinuation erfordert, wenn die Schenkung auch nur auf die Erben eines der beiden Theile sich fortsetzt. (Die einfachere Entscheidung wäre gewesen: eine solche

---

2) (Fr. vat. §. 259. A. d. H.).

Schenkung bleibt wirksam ohne Insinuation so lange, bis die allmähligen Zahlungen zusammen die Summe erreichen. Mit diesem Augenblick hört die Rente auf, wenn nicht gerichtliche Insinuation geschehen ist). Man könnte das Gesetz auf solche Fälle beschränken, wo die Entscheidung schon jetzt Bedürfniß wird.

Wirkungen.

§. 70.

Eine Veräußerung, die eine Schenkung ist, kann widerrufen werden, diese Eigenschaft ihr also die Dauer entziehen, die sie sonst hätte. Es giebt zwei Gründe des Widerrufs: Undankbarkeit und nachgeborene Kinder, wenn die Schenkung von dem Belang ist, daß sie in Voraussetzung dieses Umstandes nicht geschehen wäre. S. das Lehrbuch.

Modification der Wirkung einer Forderung, wenn sie durch Schenkung entstanden ist, entstanden aus billigen Rücksichten auf das Verhältniß zwischen Schenker und Beschenkten: s. das Lehrbuch und an den einzelnen Orten. Eviction und Mängel §. 362 Note b, §. 363 Note e, L. 62. D. de aed. ed. (21,1). Competenz s. §. 244 Note f, §. 245 sub 7. Hinsichtlich der Verzugszinsen war die Frage für die römischen Juristen schon aus anderen Gründen entschieden [weil die Schenkung eine Stipulation erforderte und diese ein contractus stricti iuris war], s. Note e des Lehrbuchs.[1] Für uns entscheidet das Verhältniß, das es für den Beschenkten zu einer Unsittlichkeit machen würde, Verzugszinsen zu fordern.

Besondere Arten der Schenkung.

§. 71.

Remuneratorische Schenkungen. Motiv: die Dankbarkeit. Man hat vollständige oder theilweise Abweichungen von der Theorie der Schenkungen, Befreiung von ihren Beschränkungen behauptet. Diese Behauptungen hat man gegründet auf Stellen,[1] die aber nicht von eigentlichen remuneratorischen Schenkungen, sondern

---

1) L. 22. D. de donat. (39, 5): Eum qui donationis causa pecuniam vel quid aliud promisit, de mora solutionis pecuniae usuras non debere, summae aequitatis est, maxime cum in bonae fidei contractibus donationis species non deputetur.

1) L. 22. D. de donat. (39, 5), s. §. 68. Note b des Lehrbuchs.

von bloß scheinbaren sprechen. Wo die Gabe als eigentliche Vergeltung und Belohnung eines Dienstes gemeint ist, da ist sie gar keine Schenkung, wie oben beim Begriff der Schenkung erörtert ist. Ist die Gabe aber wirklich Schenkung, wenn gleich remuneratorisch, so steht sie auch vollkommen unter dem Recht der Schenkungen. (Das Gegentheil wäre sehr gefährlich, denn die meisten Schenkungen geschehen an Personen, die uns gefällig auf irgend eine Weise gewesen sind).

Donatio sub modo, Auflegung eines Modus bei der Schenkung selbst, nachher nicht mehr einseitig vom Schenker möglich. Der Schenker hat eine Klage auf Erfüllung des Modus (auch der Dritte, dem dadurch etwas zukommen soll, s. oben), aber auch auf Zurückgabe bei Nichterfüllung, nicht bloß des zu Verwendenden, sondern des Ganzen:[2]

1) die condictio causa data causa non secuta; diese hat auch sein Erbe, aber [nur auf den zu verwendenden Theil der Schenkung], auf das übrige doch nur soweit der Beschenkte bereichert ist, und nicht, wenn der Empfänger ohne Schuld ist;

2) wenn der Modus Alimentation des Schenkers war, auch Vindication;[3]

3) hat der Schenker selbst auch die Revocationsklage wegen Undanks, die persönlich, aber nicht davon abhängig ist, daß der Beklagte noch bereichert ist.[4] Auch wegen sonstigen Undanks,[5] mit Unrecht haben es Einige geleugnet. Nur wenn der Modus erfüllt ist, ist das Verwendete in Abzug zu bringen.

Ueberhaupt kann der Modus die Wirkung haben, den Betrag der Schenkung zu reduciren, und dies hat namentlich auch Einfluß auf die Berechnung der Summe für die Insinuationsfrage,

---

2) L. 3. 8. C. de cond. ob caus. (4, 6).

3) L. 1. C. de donat. quae sub modo (8, 55).

4) (Parbs, Berichtigungen u. Ergänzungen zu G. F. Puchta's Pandekten-Vorlesungen (1852) S. 18, 19. giebt hier folgenden angeblich mündlichen Zusatz: „Diese Klage steht aber nicht den Erben des Schenkers zu, wenn nicht der verstorbene Schenker diese actio revocatoria propter ingratitudinem schon angestellt hatte, und diese vor dem Tode des Schenkers schon bis zur Litiscontestation (?) gediehen war. Der Schenker kann aber die Klage gegen die Erben des Beschenkten anstellen, wenn dieser sich eines Undanks gegen ihn schuldig macht. (?) Diese (?) Klage ist also eine höchst persönliche, eine actio vindictam spirans." Hätte der Verf. diesen Zusatz wirklich gemacht, so würde er nicht weniger als drei grobe Fehler enthalten. Vgl. L. 7. 10. C. de revoc. don. (8, 56). v. Savigny, System IV. §. 169. c, d, e, k. A. d. H.).

5) (Parbs a. a. O. hat irrig „wegen sonstiger Umstände §. 70." Es sind nur die Fälle 1) a—d §. 70. des Lehrb. gemeint. A. d. H.).

und auf die Rückforderung wegen dieses Mangels[6] (nicht auf den Einwand, wenn der Schenker noch nicht erfüllt hat). Ohne Grund haben Manche die donatio sub modo in Bausch und Bogen von der Insinuation ausnehmen wollen.

Donatio omnium bonorum. Eine solche Schenkung begründet keine Universalsuccession, Vermögen wird hier nur im natürlichen Sinn genommen, als Collectivbezeichnung aller einzelnen Güter, wie wenn alle speciell aufgezählt wären. Der Beschenkte ist Singularsuccessor, die Schenkung wird realisirt durch Uebertragung der einzelnen Rechte oder (wo dies nicht möglich ist) der Ausübung, z. B. Cession der Forderungen. Daher auch mit Abzug der Schulden (s. oben).

Sehr bestritten ist die Frage, ob auch das künftige Vermögen geschenkt werden könne? Gewiß ist, daß es nicht stillschweigend unter dem Vermögen zu verstehen ist. Aber kann nicht die Schenkung ausdrücklich darauf gerichtet werden?

Man läugnet dies,[7] weil eine solche Schenkung ein Erbvertrag wäre, indem ein Erbe daneben nicht möglich sein würde. Nur nach heutigem Recht gelte sie, aber eben als Erbvertrag.

Dies scheint mir unrichtig. Eine solche Schenkung ist kein Erbvertrag, denn sie bezieht sich nicht auf die universitas, [sondern nur auf die einzelnen Güter]. Aus eben diesem Grund ist ein Erbe [neben einer solchen Schenkung] vollkommen möglich, [was nur dann nicht der Fall wäre, wenn die Schenkung die universitas occupirte. Aber nach dem Grundsatze der L. 119. D. de V. S. (50, 16): Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem; iuris enim nomen est, sicuti bonorum possessio und der L. 50. pr. D. de H. P. (5, 3): Hereditas etiam sine ullo corpore iuris intellectum habet giebt es auch neben dieser donatio omnium bonorum noch eine hereditas].[8] Eine solche Schenkung ist nur möglich durch Versprechen, diese Forderung absorbirt das ganze Vermögen. Das kann geschehen und geschieht täglich in Beziehung auf andere Forderungen, warum

---

6) (Parbs a. a. O. verschlimmbessert „wegen Undanks." Es ist aber der Mangel der Insinuation gemeint. A. d. H.)

7) Auch v. Savigny, System IV. §. 159.

8) (Das Eingeklammerte beruht auf unverdächtigen mündlichen Zusätzen bei Parbs S. 19. Seine sonstigen Zusätze: „denn eine solche Schenkung," — und „daß aber die Passiva einer Erbschaft mehr betragen als die Activa, das kann geschehen 2c." gründen sich auf Mißverständnisse. A. d. H.)

sollte es nicht für schenkungsweise entstandene möglich sein? Das Hinderniß müßte in der donationis causa liegen, dies ist aber gewiß nicht der Fall.

Ferner: ein Schenkungsversprechen kann eine künftig zu erwerbende Sache zum Gegenstand haben, eben so mehrere, warum nicht alle? Wenn jemand alles verspricht, was er im nächsten Jahre erwerben wird, so ist dies möglich, dies kann nicht anders sein, wenn er gerade am Ablauf des Jahres stirbt, folglich kann er auch ohne Weiteres alles schenken, was er bis zu seinem Tod erwerben wird.

Mithin hängt die Gültigkeit dieser Schenkung gar nicht von der des Erbvertrags ab, und ist nicht nach den Grundsätzen von diesem zu beurtheilen.

Mortis causa donatio.

§. 72.

Schenkung auf den Todesfall, quae morte donatoris confirmatur. Sie ist nie eine unwiderrufliche. Also eine Schenkung, deren Motiv der Tod ist (mortis causa im natürlichen Sinn) ist nicht immer mortis causa donatio im juristischen Sinn, der Tod muß die Bedingung sein. Die Revocabilität kann beschränkt sein.

1) Jede mortis causa donatio hängt davon ab, daß der Schenker vor dem Beschenkten stirbt.

2) Sie kann mit der Bestimmung geschehen sein, daß schon das Ueberleben einer bevorstehenden Lebensgefahr sie von selbst aufhebt.

3) Sie kann auf Widerruf nach überstandener Gefahr gestellt sein.

4) Es kann jederzeitiger willkührlicher Widerruf bis zum Tod vorbehalten sein. Dies ist sogar als Regel zu betrachten.

Die Bedingung [nämlich, daß der Schenker vor dem Beschenkten sterbe, ohne die Schenkung widerrufen zu haben] kann als Suspensiv- oder als Resolutivbedingung gesetzt sein. Im letzteren Fall geht durch Tradition 2c. das Recht schon jetzt auf den donatarius über. Tritt nun die Aufhebung ein (durch den Tod des Berechtigten oder durch Widerruf 2c.), so hat der Schenker die Vindication der Sache, nicht bloß bei der Suspensiv-, sondern auch bei der Resolutivbedingung. Wo diese des Gegenstands wegen oder sonst wegfällt, gilt die condictio causa data causa non

secuta (die nicht erfolgte causa ist die Dauer des Willens), aber auch die actio in factum praescriptis verbis (aus dem Empfang mit der Zusage der Rückgabe im Fall der Reue). Mit diesen Klagen können auch die Früchte der Zwischenzeit gefordert werden, soweit der Beschenkte dadurch bereichert worden ist. Ein Schenkungsversprechen mortis causa kann nie gegen den Schenker geltend gemacht werden, sondern erst gegen seine Erben.

Gleichstellung der mortis causa donatio mit dem Vermächtniß, so namentlich in Beziehung auf die äußere Form, s. im Erbrecht §. 525.

Zeit als Entstehungs- und Endigungsgrund von Rechten.

Wirkung der Zeit.

§. 73.

Die Zeit hat einen dreifachen Einfluß, es giebt

1) Zeitabschnitte, an denen gewisse juristische Handlungen nicht vorgenommen werden können. Dies sind Feste, theils kirchliche, theils weltliche; sie heißen in Beziehung auf jene Wirkung feriae (Note b des Lehrbuchs). Sie sind ein Hinderniß nur für gerichtliche, und nicht immer für gerichtliche Handlungen aller Art. Das gemeine Recht ist: bei Ferien zum Vortheil der Parteien wird das Hinderniß gehoben durch Zustimmung derselben. Kirchliche Feste sind ein Hinderniß für actus contentiosae iurisdictionis, von den actus voluntariae iurisdictionis nimmt das römische Recht aus: Manumission, Emancipation, Vergleiche. Das canonische Recht stellt die Regel auf, daß das Hinderniß wegfällt, wo Gefahr aus dem Verzug entsteht und wo eine sittliche Pflicht erfüllt wird. Die Praxis läßt gewöhnlich noch außerdem alle actus iurisdictionis voluntariae merae zu. Andere Feste sind ein Hinderniß nur für actus contentiosae iurisdictionis, und auch hier sind Gefahr im Verzuge und fiscalische Rechtsstreite ausgenommen.

2) Zeitabschnitte, an denen gewisse Handlungen vorgenommen werden müssen, Termine und Fristen, die auf bestimmte Kalendertage gesetzt sind, z. B. Termine zur Vornahme processualischer Handlungen, Fristen zur Einzahlung von Actien.

3) Zeitabschnitte, durch deren Ablauf, wenn ein Zustand dieselben hindurch bestanden hat, Rechte oder factische Verhältnisse, von denen rechtliche Wirkungen abhängen, verändert werden, z. B. Veränderung des Alters durch die Dauer des Lebens, Veränderung des Eigenthums durch Dauer des Besitzes, Verlust eines Rechts durch Dauer einer Versäumniß seiner Ausübung.

Unter die letztere Wirkung (3) der Zeit fallen die Rechtsinstitute, die man unter dem allgemeinen Namen der Verjährung zusammengefaßt hat: Veränderung in Rechten durch Ablauf einer gewissen Zeit, während welcher sie ausgeübt oder nicht ausgeübt worden sind (Präscription, eine verkehrte Anwendung des römischen Ausdrucks, die schon im canonischen Rechte vorkommt). Die Neueren gebrauchen den Ausdruck nur für die Fälle, die auf Rechtsvorschrift beruhen, s. g. praescriptio legalis, die Aelteren sprechen wohl auch von einer praescriptio conventionalis, testamentaria, iudicialis.

Der Zeit nach scheiden sie praescriptio definita und indefinita (unvordenkliche Zeit); der Wirkung nach praescriptio adquisitiva und exstinctiva. Die Veränderung kann nämlich darin bestehen, daß ein Recht erworben, und darin, daß ein Recht verloren wird. Meistens coincidirt beides, [z. B. bei der Usucapion erwirbt der Usucapient das Eigenthum, und der bisherige Eigenthümer verliert es; bei der Klagverjährung verliert der Klagberechtigte seine Klage, und der Beklagte erwirbt ein Recht, durch welches er gegen die Klage geschützt wird]. Aber es ist zu unterscheiden, ob die eine oder die andere Rücksicht bei der Gestaltung des fraglichen Instituts die vorherrschende ist. Die praescriptio adquisitiva wird wieder eingetheilt in constitutiva, z. B. Servitutenersitzung, und translativa, z. B. Eigenthumsersitzung.

Gegen diesen ganzen Sprachgebrauch, welcher Eigenthumsersitzung, Servitutenersitzung, usucapio libertatis, non usus, Klagverjährung 2c. unter jenen allgemeinen Namen zusammenfaßt, wäre an sich nichts zu erinnern, als daß er unnöthig, kein wahres Bedürfniß dafür vorhanden ist. Aber dabei ist man nicht stehen geblieben, man hat einen Begriff zu dem Wort gesucht, und die Verjährung als Ein eigenthümliches Rechtsinstitut behandelt, während sie in Wahrheit nur ein willkührliches Collectivum für total verschiedene Rechtsinstitute ist. Man hat alle diese unter jenen einen Gesichtspunkt gebracht, Grundsätze als allgemeine auf-

gestellt, die es gar nicht sind, und so ein Institut in das andere gemischt, wodurch die gröbsten Irrthümer entstanden sind. Ganz mit demselben Recht könnte man die Veränderungen in Rechten durch Handlungen zusammenfassen, etwa unter dem Namen Verhandlung, und diese als Ein Rechtsinstitut behandeln, das Tradition, Occupation, Verträge, Delicte, Testamente ꝛc. in sich faßte.

Das Interesse der Wissenschaft und des Rechts selbst fordert, daß man den allgemeinen Begriff der Verjährung ganz aufgebe, und selbst das allgemeine Wort vermeide, das so großem Mißbrauch unterliegt. Die wirkliche allgemeine Theorie der Verjährung liegt nur in der Lehre dieses und der folgenden §§. von der Zeit. Aber diese sind auf der anderen Seite nicht auf das, was man Verjährung nennen kann, eingeschränkt.

Zeitabschnitte.

§. 74.

Die Zeitabschnitte heißen Zeittheile, insofern sie als Einheiten genommen werden, ohne Berücksichtigung der kleineren Theile, aus denen sie bestehen, Zeiträume, insofern sie als Summen kleinerer Zeitabschnitte, Zeittheile aufgefaßt werden.

Ein Jahr ist ein Zeitraum von 365, zuweilen (im Schaltjahr) von 366 Tagen. Aber wenn das Jahr von einem beliebigen Zeitpunkt an gerechnet wird (als bewegliches), so wird immer eine Zeit von 365 Tagen genommen, der Schalttag kommt nicht in Anschlag.[1]

Ein Monat ist ein Zeitraum von 28 (29), 30, 31 Tagen. Als beweglicher aber wird er genommen als Summe von 30 Tagen, also sind 2 Monate = 60 Tagen, 6 Monate = 180 Tagen. — Schrader[2] hat gemeint, dies gelte von Einem Monat, aber nicht von einem mehrmonatlichen Zeitraum; hier sei der Monat ein Zwölftel eines zwölfmonatlichen Jahres mit Weglassung der Brüche, also 2 Monate = 61 Tagen, 6 Monate = 182 Tagen. Diese Meinung stützt sich auf zwei Entscheidungen unserer Quellen, in denen Andere wenigstens ausnahmsweise diese Bestimmung finden.

1) L. 98. D. de V. S. (50, 16), L. 3. §. 3. D. de minor. (4, 4).
2) Schrader, civilistische Abhandlungen. II. 3. (1816.)

Die Berechnung zu 30 Tagen wird bestätigt durch viele Stellen.[3] Scheinbare Abweichungen:

1) L. 101. D. de R. J.[4] Wegen dieser Stelle ist man häufig der Meinung gewesen, bei Versäumnißfristen werde ein Tag zugegeben. Dies wird schon sehr zweifelhaft durch eine alte griechische Uebertragung.[5] Zum Verständniß dieser und ähnlicher Stellen dient folgende Bemerkung über die Zählart der Alten. Bei der Bezeichnung durch Cardinalzahlen ist kein Unterschied, dagegen bei Ordinalzahlen, z. B. der dritte Tag, ist eine Verschiedenheit. Es giebt hier zwei Zählarten: 1) Mitzählung des Ausgangspunktes, z. B. tertio quoque die, einen Tag um den anderen, quinto quoque anno, alle vier Jahre. 2) Nichtzählung des Ausgangspunktes, z. B. quarto quoque anno. Das erste ist das gewöhnlichere, also im Zweifel anzunehmen. (Eine andere Frage ist die nach der Mitrechnung des Tags, in den der Anfang fällt).

Wenn nun von heute an 2 Tage zu rechnen sind, und man rechnet den heutigen nicht mit, aber zählt ihn mit, so ist der letzte dieser 2 Tage der dritte zu nennen, ebenso wenn 60 Tage, der einundsechzigste. Dies sagt L. 101 cit., die also eben deswegen 2 Monate = 60 Tagen rechnet, nur daß der Ausgangstag nicht mitgerechnet wird. Die Stelle enthält zweierlei: 1) 2 Monate sind = 60 Tagen, 2) der erste ist nicht mit einzurechnen (s. §. seq.). Der griechische Uebersetzer hat den zweiten Inhalt weggelassen, den ersten ganz richtig wiedergegeben. Dagegen wäre es falsch gewesen zu sagen: 2 Monate seien = 61 Tagen.[6]

---

3) L. 40. D. de reb. cred. (12, 1), L. 11. §. 6, L. 29. §. 5. D. ad l. Iul. de adult. (48, 5), L. 22. §. 2. 11. C. de iure delib. (6, 30), Nov. 115. c. 2. — Paul. sent. IV. 9, 5.

4) L. 101. D. de R. J. (50, 17): Ubi lex duorum mensium facit mentionem, et qui sexagesimo et primo die venerit, audiendus est, ita enim et imperator Antoninus cum divo patre suo rescripsit.

5) In dem Werke *περὶ χρόνων καὶ προθεσμιῶν*.

6) (Huschke, Zeitschrift für Civilrecht und Proceß N. F. II. S. 168 sucht durch Emendation zu helfen: sexagesimo et postremo, d. h. in den letzten Theilen des 60sten Tages, weil der Tag, in welchen der Anfang des Zustandes fällt, überall, auch von Paulus selbst L. 134. D. de V. S. (50, 16.) als der erste gezählt werde und sonst die Absurdität herauskäme, daß, wer z. B. an diesem Tage seine Excusation als Duumvir anbringe, dies außerhalb der Frist gethan hätte. Allein 1) gilt bei Versäumnißfristen kein Schluß von der Verspätung auf die Verfrühung, s. z. B. L. 9. C. qui admitti (6, 9); 2) deutet der Schluß der Stelle auf eine Begünstigung hin, vgl. Gothofr. ad L. 2. C. Th. de decur. (12, 1). A. d. H.)

2) L. 12. D. de statu hom. und L. 3. §. 12. D. de suis et leg.:[7] im siebenten Monat der Ehe, am 182sten Tage, dieser ist also der erste des siebenten Monats. Die Stellen sprechen auf keine Weise für Schrader, nach dem 6 Monate = 182 Tagen sein würden. Also 181 Tage? Nein. Wenn der Tag der Eheschließung (also der möglichen ehelichen Conception) als der erste gezählt wird, laufen am 181sten 180 Tage ab, erst am 182sten sind 180 volle Tage zurückgelegt. Also sind 6 Monate = 180 Tagen, nur daß der Tag der Eheschließung nicht gleich als ein voller Tag gerechnet wird.

Dieser Grundsatz von dem Umfang beweglicher Jahre und Monate liegt durchaus den gesetzlichen Fristbestimmungen des römischen Rechts zu Grunde, die also so zu berechnen sind. Dagegen bei einer durch Vertrag gegebenen Frist, z. B. Wechsel auf Monate nach Sicht, wird Alles auf die Intention der Parteien ankommen, und darüber wird das Herkommen Aufschluß geben. „In einem Monat" wird häufig den Sinn haben, an demselben Tag des künftigen Monats. Auch bei Proceßfristen, die nach Monaten bestimmt werden, ist dies die bei den meisten Gerichten übliche Berechnung.

Ein Tag ist ein Zeitraum von 24 Stunden, der Kalendertag beginnt und endigt mit der Mitternacht, dies civilis (bei den Römern fing die Stundenzählung mit Sonnenaufgang und Sonnenuntergang an, Mittag, Mitternacht war die sechste Stunde.) Als beweglicher Zeitraum von einer beliebigen Stunde an kommt der Tag regelmäßig nicht vor, weil gewöhnlich auf die Stunden nicht Rücksicht genommen wird, die Tage also nur als Zeittheile, nicht als Zeiträume zur Sprache kommen. Davon nun im folgenden §.

Berechnung eines Zeitraums.

Civilcomputation.

§. 75.

Die Berechnung eines Zeitraums beruht auf zwei Momenten: 1) Feststellung seines Umfangs, d. h. der Summe der Zeit-

---

7) L. 12. D. de statu hom. (1, 5): Septimo mense nasci perfectum partum, iam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippo-

theile, aus denen er besteht. Je kleiner diese Zeittheile sind, desto genauer kann die Bestimmung des Zeitraums sein; 2) Anwendung dieser Bestimmung auf den vorliegenden Fall, Vergleichung eines factischen Zeitraums mit dem rechtlich vorgeschriebenen. Dazu gehört a) die Bestimmung des Anfangspunkts, z. B. Entstehung der Klage, b) die des Endpunkts, z. B. Anstellung der Klage, c) die Rechnung, ob die dazwischen liegende Zeit jener vorgeschriebenen gleichkommt.

Diese Rechnung setzt einen Zeitmesser voraus, nach dem wir die Theile einer concreten Zeit bestimmen, um ihre Summe mit der einer vorgeschriebenen zu vergleichen.

Die Tauglichkeit des Zeitmessers wird von den Zeittheilen abhängen, in welche der Zeitraum zerlegt, und nach welchen Anfang und Ende bestimmt wird. Je kleiner diese sind, desto genauer, aber auch künstlicher und kostbarer, und weniger allgemein anwendbar wird der Zeitmesser sein, so z. B. Secunden, Tertien. Dies würde sich bei juristischen Berechnungen nicht durchführen lassen 1) wegen der Unmöglichkeit, solche Zeitmesser als allgemein zugängliche herzustellen, 2) wegen der Unmöglichkeit, in den meisten Fällen den Anfangspunkt und Endpunkt so genau zu constatiren. Es wäre aber auch sehr zwecklos, [bei juristischen Fristen so subtil zu verfahren, denn] die durch das Recht bestimmten Zeiträume sind ihrer Größe nach willkührlich, sie können so und so bestimmt sein, es kommt daher nicht auf eine mathematisch genaue Berechnung an, sondern nur auf eine möglichst gleichmäßige. Es bedarf eines Zeitmessers, nicht eines in jenem Sinn genauen, sondern eines gleichmäßigen, der überall dasselbe Resultat giebt, und allgemein zugänglich ist.

Ein solcher ist der Kalender. Aber der kleinste Zeittheil, über den er Aufschluß giebt, ist der Tag, und zwar wie er im Kalender steht, dies civilis, von Mitternacht zu Mitternacht. Darauf beruht die juristische Berechnung, Civilcomputation (ad dies numerare). Der Tag wird als der kleinste Zeittheil genommen, der nicht wieder in seine Theile zerlegt, sondern als untheilbare Ein-

---

cratis; et ideo credendum est, eum, qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum filium esse. — L. 3. §. 12. D. de suis et leg. (38, 16): De eo autem, qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit, et Divus Pius pontificibus rescripsit, iusto tempore videri natum, nec videri in servitute conceptum, quum mater ipsius ante centesimum octogesimum diem esset manumissa.

heit genommen wird. Eine auf Rechtsvorschrift beruhende Zeitfrist besteht aus Kalendertagen (nicht Stunden, Minuten), bei der Bestimmung des Anfangs wird auf den Tag gesehen (der denn auch in der Regel mit vollkommener Sicherheit zu constatiren sein wird), an dem etwas geschehen ist, nicht auf die Stunde ꝛc., und von da müssen so viel Tage abgelaufen sein, als der vorgeschriebene Zeitraum enthält. — Im Gegensatz dazu heißt die Berechnung nach kleineren Zeittheilen: a momento ad momentum, ad momenta temporum, Naturalcomputation. Die Civilcomputation nimmt den Tag nur als Zeittheil, die Naturalcomputation auch als Zeitraum.

Der allgemeine Begriff der Civilcomputation ist, sie ist eine Computation ad dies, ohne Berücksichtigung der kleineren Zeittheile. Hiernach ist es gleichgültig, ob ein Ereigniß auf die erste oder die letzte Stunde des Tages fällt. Der Tag erscheint als eine untheilbare Einheit. Daher die Regel: dies coeptus habetur pro completo (nicht excesso). (Wie es ja auch bei der mathematischen Computation gleich ist, ob das Ereigniß in den Anfang oder das Ende der Secunde fällt.)

Aber ein Unterschied ist zu bemerken:

1) In gewissen Fällen wird der Tag, an welchem der Zustand begonnen hat, mitgerechnet, und der letzte braucht nur angefangen zu sein. Der letzte aber ist ebendeshalb hier der, welcher dem, worein der letzte Moment nach der Naturalcomputation fallen würde, vorausgeht, z. B. der Zustand hat begonnen am 1. Januar, der letzte ist der 365ste Tag, also der 31. December, daher ist die Zeit vollendet nach der Mitternacht zwischen dem 30. und 31. December. Dies wird auch so ausgedrückt: Der Zeitraum braucht nur erfüllt, nicht überschritten zu sein (completum, nicht excessum). Dies ist eine Verschiedenheit von Belang bei der Civilcomputation, weil die Zeittheile hier Tage sind. Wenn sie Stunden wären, würde das viel weniger bedeutend sein, und gar nicht bei Secunden, wo zwischen Vollendung und Ueberschreitung kein merklicher Unterschied ist.

Diese Berechnungsweise tritt ein, wenn durch die Dauer eines Zustandes etwas erworben werden soll; die Voraussetzung ist, der Zustand soll an so und so viel Tagen bestanden haben, er hat auch am letzten Tag bestanden, wenn er auch nur einen Moment desselben bestanden hat, da ein Moment = dem ganzen

Tag ist. Beispiele im geschriebenen Recht sind: anniculus, Usucapion, Manumissionsmündigkeit, Testamentsmündigkeit (s. die im Lehrbuch Note c abgedruckten Stellen).

Manche Juristen[1] bestimmen den letzten Tag irrig, als den, in welchen nach der natürlichen Computation der Zeitpunkt fällt. Dies wäre eine Combination der Civil- und Naturalcomputation, welche an sich nicht zu vermuthen ist, die Bestimmung würde aus einer consequenten eine ganz willkührliche. Die Zahl der Tage muß entscheiden. Ferner ist jene Meinung gegen die Entscheidungen des geschriebenen Rechts, besonders L. 5. D. qui test.,[2] wo dieser Fall gegeben, aber ausdrücklich bemerkt wird, es sei noch weiter zu gehen.

Der Hauptgrund für jene Meinung ist die allzugroße Abweichung. Man erschrickt vor ihr, als wenn dies bei der Willkühr der Zeitbestimmung irgend relevant sein könnte. Sodann eine Stelle von Gellius, aus Q. Mucius, der das Jahr des usus, wodurch die manus über die Frau entstand, so berechnete, daß es, am 1. Januar begonnen, erst Mitternacht zwischen dem 31. December und 1. Januar ablief. Aber dies ist keine Abweichung von jenem Princip, sondern in der Entscheidung der Frage enthalten, ob die Grundsätze von dem Erwerb, oder von dem Verlust eintreten sollten (s. ad 2).[3]

2) In gewissen Fällen muß der letzte Tag ganz abgelaufen, die Zeit muß überschritten sein. Diese Berechnung tritt ein, wo die Zeit für den Verlust durch Versäumniß festgesetzt ist. Erst wenn der letzte Tag abgelaufen ist, kann man sagen, es sei auch der letzte Tag der Ausübung versäumt. Eine Anwendung findet statt bei der Klagverjährung und anderen Fristen für eine Handlung.[4] Consequent müßte man den Tag, in den das Anfangs-

1) So namentlich v. Savigny, System IV. §. 182—188.

2) L. 5. D. qui testam. (28, 1): A qua aetate testamentum vel masculi vel feminae facere possunt, videamus. Verius est in masculis quidem quartum decimum annum spectandum, in feminis vero duodecimum completum. Utrum autem excessisse debeat quis quartum decimum annum, ut testamentum facere possit, an sufficit complesse? Propone aliquem calendis ianuariis natum testamentum ipso natali suo fecisse quarto decimo anno, an valeat testamentum? Dico valere. Plus arbitror, etiam si pridie calendarum fecerit post sextam horam noctis, valere testamentum, iam enim complesse videtur annum quartum decimum, ut Marciano videtur.

3) Gell. noct. att. III, 2. Vergl. über jene Stelle die Beilage IV.

4) L. 6. D. de O. et A. (44, 7), L. 1. §. 9. D. de succ. ed. (38, 9), L. 30. §. 1. D. ad l. Iul. de adult. (48, 5).

ereigniß, z. B. die Entstehung der Klage, fällt, nicht mitrechnen, denn es sollen so und so viel Tage des Versäumnisses ablaufen, jenen ersten kann man eigentlich noch nicht so bezeichnen. Aber diese Consequenz wird nicht überall in unseren Quellen beobachtet. (Es ist ein großer Irrthum, wenn Einige diese Anwendung der Civilcomputation unter 2) für Naturalcomputation halten.)[5]

Die Naturalcomputation kommt ein einziges Mal vor, bei der Berechnung der Minderjährigkeit [in Rücksicht auf die in integrum restitutio], wo es zum Vortheil der Person gereicht, daß die Großjährigkeit später eintritt.[6]

Man hat gefragt, wie in anderen Fällen außer den entschiedenen zu rechnen sei? Viele haben geglaubt, die Naturalcomputation gelte als Regel, die Civilcomputation sei die Ausnahme. Dies ist entschieden unrichtig. Die Civilcomputation ist auf ein juristisches Bedürfniß gegründet, sie ist ferner eben die juristische und darum in juristischen Verhältnissen die Regel.

Die Naturalcomputation kann bei Zeitfristen, die auf Privatdisposition beruhen, nothwendig werden, z. B. wenn festgesetzt ist „in 2 mal 24 Stunden", hier ist die Naturalcomputation, d. h. mit der Beschränkung auf Stunden die Absicht der Verfügung. Ferner wenn es sich um eine Maschine handelt, die innerhalb einer gewissen Zeit eine gewisse Wirkung hervorbringen soll, wo es auf Minuten und Secunden ankommen kann.

Eine Singularität ist folgender Rechtssatz. Die Fähigkeit zu Ehrenämtern in Städten wird erworben durch das vollendete 25. Jahr.[7] Hier soll der Anfang des 25. Jahres hinreichen, ein Satz des öffentlichen Rechts, der keine Anwendung findet. — Etwas Anderes ist der Satz, daß annua legata mit dem Anfang des Jahres erworben werden,[8] dies ist keine Folge einer besonderen Computation, sondern hat andere Gründe.

Behandlung des Schalttags:[9]

5) (Wie ist es zu halten, wenn dieselbe Frist für den Einen Erwerbsfrist, für den Andern Versäumungsfrist ist, z. B. bei der Usucapion? Consequent müßte für Jenen mit Anfang des letzten Tages der Rechtserwerb vollendet, diesem aber bis zum Ende des letzten Tages eine Wiederaufhebung durch usurpatio gestattet sein; eine Spur dieser Entscheidung enthält L. 6. 7. D. de usurp. (41, 3), s. Zusatz zu Beil. IV. Ihre Anwendbarkeit im Justinianischen oder gar im heutigen Recht ist aber sehr zweifelhaft. A. d. H.)

6) L. 3. §. 3. D. de minor. (4, 4).

7) L. 8. D. de munerib. (50, 4).

8) L. 5. 8. 22. D. de annuis leg. (33, 1).

9) Vgl. Beil. V.

1) Wenn er in den Lauf des Zeitraums fällt. Der Schalttag macht mit dem Tag, welchem er angehängt ist, Einen dies civilis; somit bleibt er außer Ansatz, biduum pro uno die habetur, daher augetur tempus. So bei gesetzlichen Zeiten. Bei den durch Privatwillen gesetzten, z. B. lex commissoria wenn nicht in 30 Tagen der Preis bezahlt ist, ist dies nicht anzunehmen, es kann nicht vorausgesetzt werden, daß die Parteien jene Kalenderregel im Sinn gehabt hätten.[10]

2) Wenn er den Anfang oder Schluß des Zeitraums bildet, so ist ebenso zu verfahren, [der dies intercalaris ist bloßer adventicius]. So bei der am 24. Februar [eines Schaltjahrs] beginnenden Usucapion ist der 25ste der erste. Die [sonst] am 24sten ablaufende Klagverjährung läuft [im Schaltjahr] erst am 25sten ab. Der am 24. oder 25. Februar im Schaltjahr Geborene hat seinen Geburtstag am 25sten, im gemeinen und im Schaltjahr, der im gemeinen Jahr am 24sten (Matthiastag) Geborene hat im Schaltjahr seinen Geburtstag am 25sten (Matthiastag).[11]

Diese Grundsätze müssen auch heutzutage gelten, da wir dasselbe Princip der Einschaltung haben, wie die Römer. Das andere Numeriren des Tages ändert nichts, dies ist ein Unterschied der Benennung, nicht des Kalenders. Außerdem würde das die Berechnung unnöthig erschwerende Resultat herauskommen, daß bei einer Verjährung von 30 Jahren, die sieben oder acht Schaltjahre einschließen, die Frist um sieben oder acht Tage früher zu Ende ginge.

Utile tempus.

§. 76.

Continuum tempus heißt die Zeit, welche aus lauter zusammenhängenden Momenten besteht, die also, wenn der Anfang einmal eingetreten ist, so berechnet wird, daß alle Tage ohne Ausnahme gezählt werden. Eine Modification tritt nur dann ein, wenn ein Intervall vorkommt, an dem die Zeit nicht laufen soll, ohne daß sie doch unterbrochen wird, ruhende Verjährung.

Utile tempus ist eine Zeit, die mit Rücksicht auf gewisse Hindernisse der Vornahme einer Handlung berechnet wird, so daß

10) L. 2. D. de div. temp. praescr. (44, 3).
11) Vgl. §. 74 Note c des Lehrb.

nur diejenigen Tage gezählt werden, an denen diese Hindernisse nicht vorhanden sind. Dadurch kann sich der Zeitraum erweitern, z. B. ein Jahr kann vielleicht zu vier anwachsen, wenn erst in diesem vierjährigen Zeitraum 365 Tage ohne jene Hindernisse fallen. Daher der Name tempus utile.

Die Regel ist das tempus continuum, das tempus utile die Ausnahme. Diese Ausnahme tritt nie ein bei Zeiten, durch welche etwas erworben werden soll, niemals ferner auch bei Verlust durch Versäumniß, wenn die Handlung, die versäumt wird, nicht eine gerichtliche ist, nie wo die Zeit über ein Jahr, endlich nur, wo die Zeit durch Rechtssatz festgesetzt ist, nicht durch Verfügung für den einzelnen Fall, z. B. bei richterlichen Fristen.

Für den Eintritt des tempus utile gilt folgendes Princip. Es tritt ein bei Zeiträumen von Einem Jahr und darunter, welche für die Vornahme einer gerichtlichen Handlung gesetzt sind.

Drei Classen von Hindernissen werden berücksichtigt: 1) die, welche in dem Charakter der vorzunehmenden Handlung selbst liegen, und deren Vornahme an diesem Tag unmöglich machen, 2) in der Nothwendigkeit der Anwesenheit einer anderen Person, 3) in dem Zustande (z. B. der Abwesenheit oder Krankheit) der Handelnden, sofern nicht ein Stellvertreter möglich war.

Die Berücksichtigung des Nichtwissens von der Zuständigkeit der Handlung gehört nicht zu dem Charakter des tempus utile, sie kann bei beiden Zeitarten vorgeschrieben sein, und bei beiden wegfallen (das letztere ist natürlich die Regel).

Auf der irrthümlichen Herbeiziehung des Nichtwissens beruht die Eintheilung der Neueren: tempus utile ratione initii et cursus (tempus utile mit Berücksichtigung des Nichtwissens), utile ratione cursus, continuum ratione initii (tempus utile ohne Berücksichtigung des Nichtwissens), utile ratione initii, continuum ratione cursus (tempus continuum mit Berücksichtigung des Nichtwissens), continuum ratione initii et cursus (tempus continuum ohne Berücksichtigung des Nichtwissens).

Unvordenkliche Zeit.

§. 77.

Der Beweis der Entstehung eines Rechts wird um so schwieriger, je weiter sie zurückliegt. So würde die Dauer eines Rechts

seine Erhaltung und Wirkung selbst unsicher machen. Dies führt darauf, die lange Dauer seiner Ausübung selbst schon unter gewissen Voraussetzungen als Surrogat für den Beweis rechtmäßiger Entstehung gelten zu lassen. Die Voraussetzungen werden darauf berechnet sein, die Möglichkeit einer bloßen rechtswidrigen Usurpation in die Ferne zu rücken. Je kürzer die Dauer ist, desto strenger werden diese sonstigen Erfordernisse sein (z. B. Nachweis eines Rechtstitels für die Ausübung), je länger die Dauer, desto mehr wird an diesen sonstigen Erfordernissen nachzulassen sein.

Bei manchen Rechten (Eigenthum, Servituten ꝛc.) hat die Ausübung schon während einer bestimmten kürzeren oder längeren Zeit jene Wirkung. Diese Zeit kann sein: 3, 10, 20, 30, 40 Jahre, Ersitzung. Bei manchen fehlt diese, hier aber tritt eine Zeit von unbestimmter Dauer, eine unvordenkliche Zeit ein, vetustas (in diesem besonderen Sinn des Worts).

Ein Recht wird darum als erworben behandelt, weil es so lange ausgeübt ist, daß der Anfang dieser Ausübung über Menschen Gedenken hinausliegt, unvordenkliche Verjährung, praescriptio immemorialis, cuius contrarii memoria non exsistit. Die rechtmäßige Entstehung kann nicht bewiesen werden, da überhaupt die Entstehung, weil sie in eine undurchdringliche Vergangenheit fällt, nicht mehr erwiesen werden kann.

Die unvordenkliche Zeit besteht also darin, daß der Anfang des gegenwärtigen Zustandes verborgen ist, origo memoriam excessit, daher 1) niemand da ist, der über den Anfang aus eigener Anschauung oder vom Hörensagen bestimmte Auskunft zu geben vermag, 2) niemand, der von früher Lebenden, welche den Anfang auf jene Weise kannten, Auskunft darüber gehört hat (vgl. Note d des Lehrbuchs).

Für den Beweis der unvordenklichen Zeit genügt es, wenn entweder

1) Zeugen, welche das letzte Menschenalter mit vollem Bewußtsein durchlebt haben, aussagen, daß sie nichts anderes, als den gegenwärtigen Zustand gesehen, noch von ihren Vorfahren anderes gehört haben. Das Alter der Zeugen ist auf 54 Jahre festzustellen (indem man nämlich zu dem Alter der Mündigkeit noch 40 Jahre hinzufügt), doch hat man immer auch funfzigjährige zugelassen; Jüngere sind nicht tauglich. Oder 2) wenn durch andere Beweismittel z. B. Urkunden das fortwährende Bestehen

des Zustandes in den zwei letzten Menschenaltern nachgewiesen wird.

(Von dem Beweis des Titels kann natürlich der Natur der Sache nach nicht die Rede sein, die unvordenkliche Zeit ersetzt den Titel.)

Es ist Gegenbeweis möglich. Dieser wird nicht gegen das Recht, sondern gegen die unvordenkliche Zeit geführt (beides hat man oft verwechselt).

Er ist geführt 1) wenn für jene Zeit der zwei letzten Menschenalter eine Unterbrechung der Dauer des Zustandes nachgewiesen wird, also eine Zwischenzeit, wo er als rechtlich nicht bestand (nicht blos ein non usus); 2) wenn überhaupt für irgend eine Zeit ein bestimmter Anfang nachgewiesen wird. Ein bestimmter Anfang, nicht daß er überhaupt einen Anfang gehabt, denn dies ist ohnehin gewiß, die unvordenkliche Zeit ist keine ewige. Jener bestimmte Anfang braucht aber nicht in die zwei letzten Menschenalter zu fallen (auf die sich der Beweis der unvordenklichen Zeit beschränkt, weil er anders gar nicht möglich ist). So auch die zweite Stelle der Note d des Lehrbuchs, wo es heißt: et hoc i n f i n i t e similiter sursum versum.

Anwendung der unvordenklichen Zeit: Im römischen Recht in solchen Fällen, wo eine Erwerbung durch bestimmte Zeit nicht stattfindet, also Ergänzung des Instituts der Ersitzung, namentlich da, wo die Rechtmäßigkeit des Zustandes eine obrigkeitliche Concession voraussetzt, vetustas legis vicem tenet, pro lege habetur. Wasserleitungen, die nicht Servituten sind, Dämme zur Regulirung des Wasserlaufs, Wege, denen die Eigenschaft öffentlicher zugeschrieben wird. Im canonischen Recht in solchen Fällen, wo die praescriptio definita nicht stattfindet, wegen Mangels eines Titels, den die unvordenkliche Zeit ersetzt. In den deutschen Reichsgesetzen für die Immunitäten.

Jedes Recht kann erworben werden, vorausgesetzt 1) die Fähigkeit der Person, an diesem Gegenstand dieses Recht zu haben, wenn auch nur Privilegium, 2) daß die Voraussetzungen möglich sind, also namentlich dauernde Ausübung stattfinden kann, 3) daß nicht eine Ersitzung mit bestimmter Zeit festgesetzt ist, die die unvordenkliche Zeit unnöthig macht. Bei Servituten müßte diese eigentlich wegfallen, doch hat die Praxis sie gewöhnlich zugelassen wegen des die Ersitzung ausschließenden Vitium's

(vi, clam, oder precario), welches, auch bewiesen, die unvordenkliche Zeit nicht hemmt (was v. Savigny dagegen bemerkt ist nicht haltbar, wie es scheint.)[1]

Man hat einen unnützen Streit darüber geführt, ob die Wirkung der unvordenklichen Zeit als Ersitzung oder als Vermuthung zu bestimmen sei, d. h. als Erwerbsgrund oder als bloßes Darthun eines anderen Erwerbsgrundes. Das Recht gilt als erworben, weil es so lange ausgeübt worden ist, diese Länge der Zeit ersetzt den Beweis des Erwerbsgrundes, insofern kann man die unvordenkliche Zeit als Vermuthung bestimmen; aber dies ist auch bei jeder Ersitzung der Fall, und umgekehrt wird durch die unvordenkliche Zeit ein Recht begründet, wie durch Ersitzung. Man kann daher sagen, für den Gesetzgeber ist es eine Vermuthung, für den Richter eine Ersitzung.

Der Streit ist aber unnütz, weil die Fragen, deren richtige Beantwortung man von der Ansicht als Vermuthung abhängig glaubt, sich ebenso richtig aus dem anderen Princip entscheiden lassen. So namentlich die Frage vom Gegenbeweis; s. oben. [Auch hier ist die Annahme der Vermuthung nicht wesentlich, wie v. Savigny meint; denn auch als Ersitzung ist die unvordenkliche Zeit eine solche, die das Erforderniß der Nichtermittelbarkeit des Anfangs hat; wo dieser constatirt wird, fehlt das Erforderniß der Ersitzung, und darum auch diese.]

Ein anderer Satz, welchen man durch die Qualificirung der unvordenklichen Zeit als Vermuthung hat begründen wollen, ist der, daß ein allgemein von der Verjährung sprechendes z. B. die Verjährung ausschließendes Gesetz nicht ohne weiteres auf die unvordenkliche Zeit bezogen werden darf. Dieses Resultat ergiebt sich aber auch bei der Auffassung als Verjährung. Die unvordenkliche Zeit hat gerade zur Sphäre ihrer Anwendung die Fälle, wo eine gewöhnliche Verjährung nicht zuläßig ist. Also macht

---

1) (Der Verf. legt wohl nicht genug Gewicht darauf, daß 1) die angebliche Praxis keineswegs allgemein anerkannt ist, s. z. B. Pufendorf, obs. I, 32. §. 20, 2) daß ihr die ratio fehlt, da das in dem Vitium liegende Unrecht durch noch so lange Dauer nicht zum Recht werden kann, 3) daß der Satz auf theoretischen Irrthümern (Allgemeinheit der praescriptio, Eintheilung derselben in definita und immemorialis, Verwechselung der aqua publica und privata) beruht, 4) daß die s. g. Weide- und Waldservituten, auf welche er vorzugsweise angewendet wird (Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte Bd. I. (1847) No. 4, 5), keine Servituten, sondern Gemeinderechte sind, die schon nach röm. Recht der Immemorialverjährung unterliegen würden. A. d. H.)

ein solches Gesetz vielmehr gerade Raum für die unvordenkliche Zeit.

Umgekehrt haben Einige den Irrthum, daß die unvordenkliche Zeit auch bei Forderungen Anwendung finde, dadurch unterstützen wollen, daß es eine Vermuthung sei. Allein jene Anwendung wird ausgeschlossen durch die Voraussetzung des Instituts, in der es die dauernde Ausübung eines Rechts fordert. Dies ist bei Forderungen nicht möglich. Vollkommene Ausübung der Forderung ist Zahlung, also eine solche, welche die Forderung aufhebt; es giebt keine Ausübung, neben welcher die Forderung fortdauert. Zinsenzahlung ist allerdings Anerkennung der Hauptforderung, aber nicht Ausübung derselben.

Viertes Kapitel.

Der Schutz der Rechte.

Allgemeines.

Verletzung.

§. 78.

Erfordernisse für die wirkliche Existenz eines Rechts sind: Begründung durch eine Rechtsvorschrift, Gegenstand, Berechtigter — von diesen war bisher die Rede; nun noch ein Erforderniß: Schutz gegen Verletzung. Neben dem Recht geht die Möglichkeit eines Unrechts her. Soll das Recht eine Realität sein, so muß dafür gesorgt sein, daß ein Unrecht, eine Rechtsverletzung beseitigt, das Recht dagegen wiederhergestellt werde. Diese Anstalt ist der Schutz der Rechte. Dieser Schutz setzt, wenn er von Erfolg sein soll, voraus, daß die Ausübung des Rechts sich mit Zwang durchsetzen und wiederherstellen lasse. Nur ein solcher Anspruch, bei dem dies möglich ist, kann ein rechtlicher sein. Daher z. B. kein Recht auf eine gewisse Gesinnung, denn diese läßt sich nicht erzwingen, wohl aber auf gewisse äußere Thatsachen, die aus einer solchen Gesinnung folgen. So kann ich nicht eine achtende Gesinnung fordern, aber eine Unterlassung der äußeren Handlungen, welche aus einem Mangel jener Gesinnung hervorgehen.

Das Unrecht ist entweder absolutes (Unrecht gegen alle Rechtsgenossen, Verletzung des Rechts überhaupt, Verbrechen), oder relatives (Unrecht gegen gewisse Personen, Verletzung eines Rechts, das einem Andern zusteht). Dieses ist mit einer Anerkennung des Rechts überhaupt verbunden, indem der im Unrecht Befindliche doch das Recht will. Er anerkennt das Recht als Vorschrift, nur nicht die rechtliche Macht einer gewissen Person. Diese Verletzung, wenn der Urheber sein Unrecht nicht einsieht und beseitigt, führt zu einem Rechtsstreit. Einem Rechtsstreit liegt stets ein Unrecht zu Grunde, aber nur ein relatives. Im Kreis des Privatrechts ist nur von diesem Unrecht die Rede. Selbst das absolute Unrecht, wenn es in diesen Kreis gezogen wird (Privatdelict), wird von diesem Standpunkt, als ein blos relatives, behandelt.

Ueber den Begriff der Ausübung der Rechte, an den sich der der Verletzung anknüpft, s. d. Lehrbuch. Verletzung ist nicht Entziehung des Rechts, sondern seiner Ausübung.

Sicherung.

§. 79.

Die Möglichkeit des Unrechts bringt Sicherungsmittel hervor, Cautionen, zum Zweck theils möglicher Verhütung einer Verletzung, z. B. Feststellung eines Rechts durch Verbalcaution, Bestärkung durch Eid, Sequestration der Sache ꝛc., theils der Verschaffung sicherer Mittel der Wiederherstellung, z. B. Pfand, Bürgen, Beweismittel zur Vereinfachung des künftigen Rechtsstreits ꝛc.

Die Cautionen sind zum Theil freiwillig, zum Theil aber ist es für gerecht gehalten worden, jemanden durch Rechtsvorschrift zur Stellung einer Caution zu verpflichten, ja es giebt Fälle, wo sie ohne einen besonderen Act ipso iure eintritt, so das gesetzliche Pfandrecht.

Die allgemeinen Grundsätze und Eintheilungen enthält das Lehrbuch.[1] Das Specielle gehört an die einzelnen Orte.

---

1) (Note b. Die römische Eintheilung in stipulationes iudiciales, cautionales, communes L. 1. pr. D. de stip. praet. (46, 5) ist nicht mit der allgemeinen in stipulationes iudiciales, praetoriae, conventionales, communes pr. I. de div. stip. (3, 18) zu verwechseln. Jene betraf blos die cautiones necessariae, diese auch die voluntariae. A. d. H.)

Schutz.

§. 80.

Die beste Sicherung schließt die Möglichkeit des Unrechts nicht aus; die Cautionen selbst geben nur Rechte, die ebenfalls wieder verletzt werden können, ja schon die Zuständigkeit und Statthaftigkeit der Caution kann bestritten, der Anspruch auf die Caution selbst kann verletzt werden. — Wir haben durch die Einschaltung der Cautionslehre die Frage des Schutzes nur aufgeschoben, nicht beseitigt.

Es handelt sich also um eine eingetretene Verletzung, die beseitigt werden soll, darin besteht der Schutz des Rechts. Die Beseitigung der Verletzung besteht in der Anerkennung des Rechts durch den Verletzer, aber in einer thätigen Anerkennung, wodurch der Zustand vor der Verletzung hergestellt wird. Darin kann ein Unterlassen, aber auch ein positives Handeln liegen.

Die Macht, welche diese Anerkennung gegen den Widerstrebenden erzwingt, und so unser Recht schützt, kann unsere eigene sein (Eigenmacht, Selbsthülfe), und eine über den Parteien stehende, die Macht der Obrigkeit, der Repräsentantin des allgemeinen Willens.

Viele Juristen stellen das Princip auf, Eigenmacht und Selbsthülfe seien an sich schon etwas Widerrechtliches, es sei eine Singularität, wenn sie in dem einen oder anderen Falle erlaubt würden. Dieses Princip hat im römischen Recht keine Stütze, auch im germanischen ist es nicht begründet. Es ist ein modernes Princip, aus dem System des Zuvielregierens und Bevormundens entstanden, dem wir am wenigsten im Privatrecht freien Spielraum geben dürfen.

Das Princip ist vielmehr folgendes: Daß eine Handlung zum Zweck des eigenen Schutzes eines Rechts vorgenommen, ist für ihre rechtliche Beurtheilung zunächst noch indifferent. Durch jenen Zweck wird 1) eine widerrechtliche Handlung nicht entschuldigt, 2) eine sonst erlaubte Handlung nicht widerrechtlich.

Dies letztere tritt namentlich ein bei dem Widerstand, der einem fremden Versuch, einen gegenwärtigen rechtlichen Zustand zu verändern, entgegengesetzt wird (Selbstvertheidigung). Ebenso, wenn der Eigenthümer von seinem Recht Gebrauch macht, keine fremde Sache auf seinem Grund und Boden zu dulden, z. B.

fremdes Vieh vertreibt, fremde Sachen wegschafft. Jede Eigenmacht gehört hierher, wodurch jemand nur den Andern vermögen will, als Kläger aufzutreten, also sich das commodum possessionis erhalten (nicht erst verschaffen) will.

Dagegen sind allerdings einige widerrechtliche Handlungen durch die Gesetze besonders verpönt worden, wenn sich damit die Intention einer Selbsthülfe verbindet. Das Motiv ist Beseitigung einiger Fälle, wo die Selbsthülfe die Rechtssicherheit besonders gefährden könnte. Das Singuläre ist nicht die Ahndung überhaupt, denn diese folgt aus der Widerrechtlichkeit der Handlung, sondern die besondere Ahndung in diesem Fall, während nach allgemeinen Rechtsprincipien nur gesagt werden müßte, die Handlung wird nicht darum entschuldigt. Diese Handlungen sind:

1) Geltendmachung des Eigenthums oder eines sonstigen dinglichen Anspruchs durch gewaltsame Bemächtigung der im Besitz eines Andern befindlichen Sache. Die Strafe ist hier Verlust des Eigenthums rc., oder wenn der Thäter kein Recht hatte, des Werths der Sache.

2) Geltendmachung einer Forderung a) durch Wegnahme von Sachen des Schuldners ohne dessen Willen und ohne den Richter, um sich zu befriedigen (nicht nothwendig gewaltsame Wegnahme), decretum D. Marci; b) durch Zwang gegen den Schuldner, ihm Sachen zu geben (also nicht einseitige Wegnahme); c) Wegnahme von Sachen eines Andern, als des Schuldners, um der Forderung willen; d) Sichbemächtigen der Kinder des Schuldners. Das decretum D. Marci setzt als Strafe den Verlust der Forderung fest, eine Bestimmung, die auf die anderen genannten drei Fälle ausgedehnt ist. Handlungen, welche an und für sich keine rechtswidrigen sind, sind nie darunter zu stellen, z. B. es bewegt jemand durch Täuschung seinen Schuldner, ihm zu zahlen. Dies ist kein rechtswidriger Dolus, da kein Gewinn und kein Verlust damit concurrirt.

Umgekehrt ist in einem Fall eine Selbsthülfe zugelassen, und von allen diesen Bestimmungen unter 1 und 2 ausgenommen, obgleich ein Zwang damit verbunden ist, wenn nur die Gränzen des Zwecks nicht überschritten werden. Die Strafen unter 1 und 2 fallen nämlich weg, wenn in einem solchen Fall richterliche Hülfe schlechterdings unmöglich ist, so daß der Berechtigte in unmittelbarer Gefahr war, die Ausübung seines Rechts für immer und unwi-

derruflich zu verlieren, z. B. ich erreiche den Besitzer meiner Sache unmittelbar vor seiner Flucht, oder meinen Schuldner in gleichem Fall, und widersetze mich seiner Entfernung, bis ich die Zahlung erhalte. Der letzte Fall ist ausdrücklich entschieden in L. 10. §. 16. D. quae in fraud. cred. (42, 8) (allerdings keine Ausnahme von dem decretum D. Marci, das sich gar nicht darauf erstreckt, aber wohl als Theil des justinianischen Rechts von jener Auslegung des Decrets). Aber auch das decretum D. Marci selbst verweist auf die richterliche Hülfe („optimum est ut, si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris"), und genehmigt dadurch stillschweigend jene Ausnahme. Es liegt darin eine gewisse Nothwendigkeit, es wäre unvernünftig, die Selbsthülfe zu verbieten, wo keine richterliche Hülfe möglich ist.[1]

Der im allgemeinen allein ausreichende Schutz ist der durch die Obrigkeit, oder wie sie in dieser Function heißt, den Richter. Er hat diese Eigenschaft 1) durch seine dem Recht entsprechende Form, 2) durch seine Sicherheit (unabhängig von der Macht des Einzelnen), 3) durch die alleinige Möglichkeit einer Entscheidung, die er, im Fall einer Bestrittenheit des Rechts, gewährt. Auch die Anwendung der Eigenmacht wird immer in diesem Fall noch zur richterlichen Hülfe führen.

Die Function der Obrigkeit in dieser Richtung auf den Schutz der Rechte heißt Rechtspflege. Hier ist die Rede von der Rechtspflege im Rechtsstreit, Civiljurisdiction. Aufgabe derselben ist 1) Entscheidung des Rechtsstreits, 2) Execution dieser Entscheidung. So wie das zweite das erste voraussetzt, so das erste wieder andere Handlungen, theils des Gerichts, theils der Parteien. Der Inbegriff aller dieser vorbereitenden und entscheidenden Handlungen heißt das gerichtliche Verfahren, der Proceß; insonderheit das Verfahren in Rechtsstreitigkeiten, Civilproceß.

---

1) (Irrthümliche Beschränkungen und Ausdehnungen des Decrets sind: 1) die Ausnahme unbeweglicher Sachen (Linde, Note b des Lehrbuchs) gegen die Worte rem ullam debitoris; 2) des Schuldgegenstandes selbst (Sartorius, Note d des Lehrbuchs) gegen die Worte rem ullam vel pecuniam debitam non ab ipso sibi traditam (sponte datam) und gegen die Stelle §. 214 Note f des Lehrbuchs; 3) der Delictsobligationen (Derselbe) gegen: si quas habere petitiones; 4) blos vermeinter Forderungen (Derselbe) gegen die Worte si quas putas te habere; 5) Beschränkung der Wirkung auf exceptio und 6) auf Zerstörung der Klage unter Fortbestand der (klaglosen) Obligatio, beides gegen die gesetzliche Bestimmung ius crediti non habebit; 7) Beziehung des legis beneficium L. 50. D. de act. emti (19, 1) auf das Decret (Burchardi, Note d des Lehrbuchs). A. d. H.)

Die hauptsächlichsten processualischen Handlungen (der Parteien und der Gerichte) haben eine Seite, von der sie in den Bereich der Darstellung der Rechte selbst fallen. Diese materielle Seite ist der Einfluß, den der Proceß überhaupt und in seinen einzelnen Bestandtheilen und Stadien auf das Bestehen der Rechte selbst äußert. Er ist 1) das Mittel der Geltendmachung der Rechte, und insofern ein Annexum derselben. Diese Eigenschaft tritt in den Handlungen hervor, die den Rechtsstreit vor Gericht bringen, Klagen und Einreden, 2) er modificirt die Rechte; die Rechte können verändert und aufgehoben werden dadurch, daß sie in iudicium deducirt werden, ihr Schicksal wird von dem Ausgange des Processes abhängig. Diesen Einfluß haben Litiscontestation, Beweis, Urtheil.

Von dieser materiellen Seite sind die Proceßhandlungen hier zu betrachten, welche in den folgenden §§. erörtert werden. Klagen, Einreden, Litiscontestation, Beweis, Urtheil gehören zum Gebiet des Civilprocesses und des Civilrechts, zu jenem von ihrer formellen, zu diesem von ihrer materiellen Seite.

Klagen und Einreden.

Begriff und Entstehung der Klagen.

§. 81.

Klage ist das Mittel ein Recht gegen einen Andern vor Gericht selbstständig und unabhängig von der Proceßhandlung des Andern zu verfolgen und geltend zu machen. Sie ist ein Angriff; durch das Moment der Unabhängigkeit unterscheidet sie sich von der Vertheidigung, die einen vorhergehenden Angriff voraussetzt. Jene allgemeine Bedeutung hat auch das Wort actio, aber auch eine engere: 1) Erhebung eines ordentlichen Verfahrens im Gegensatz zur persecutio (actio extraordinaria), 2) des gewöhnlichen ordentlichen Verfahrens im Gegensatz zu den Interdicten, 3) Klage aus Obligationen im Gegensatz zu anderen Rechten. In dem letzten, aber auch in dem ganz allgemeinen Sinn kann verstanden werden die Legaldefinition pr. I. de act. (4, 6): actio est ius persequendi in iudicio, quod sibi debetur (was uns gebührt), dessenungeachtet mag der Ausdruck daran erinnern, daß

das Proceßverhältniß zwischen den Parteien immer einen der Obligatio ähnlichen Charakter hat.

Jener Begriff hat 1) eine processualische (formelle) Bedeutung: Proceßhandlung wodurch jenes geschieht, Antrag vor Gericht, der den Zweck hat, einen Rechtsstreit vor dasselbe und zu seiner Entscheidung zu bringen. Kläger, actor — Beklagter, reus. Die Klage (schriftlich, Klaglibell, oder mündlich) hat zwei wesentliche Bestandtheile: Begründung und Petitum. Begründung: rechtliche (d. h. durch Rechtsvorschrift) und factische. Die ausdrückliche Bezeichnung der ersten ist regelmäßig nicht nöthig, die zweite enthält die Angabe des Rechts, welches geltend gemacht wird, und regelmäßig die seiner Erwerbung. Jene rechtliche Begründung hat man daher fundamentum agendi remotum, diese factische f. a. proximum genannt. Das Petitum ist der Ausdruck des Zwecks der Klage. Es enthält eine Formulirung des Anspruchs des Klägers, in der Weise, wie ihn das Gericht in seiner Entscheidung anerkennen soll (Haupt- und Nebengesuch, nach dem Haupt- und Nebenzweck der Klage, s. unten), die Bitte „zu erkennen daß", womit sich dann noch das s. g. Proceßpetitum verbinden kann, welches sich nicht auf die Entscheidung, sondern auf die unmittelbar auf die Klage folgende Thätigkeit des Gerichts bezieht, z. B. dem Beklagten die Klage mitzutheilen, und ihn zur Beantwortung derselben vorzuladen, was im Grunde nur insofern nöthig ist, als dieser Thätigkeit durch den Kläger eine besondere Richtung gegeben werden kann, z. B. ein außerordentliches Verfahren von ihm in Anspruch genommen wird.

2) eine materielle Bedeutung: Möglichkeit einer solchen Handlung, Klagerecht. In diesem Sinn geht die Klage der wirklichen Anstellung voraus. Klage im materiellen (civilrechtlichen) Sinn ist der Bestandtheil eines Rechts, der sich auf dessen selbstständige Geltendmachung vor Gericht bezieht und diese möglich macht. Es werden hiernach klagbare und klaglose Rechte unterschieden. Von Klage in diesem Sinn zu handeln ist nicht Aufgabe des Processes [sondern des Civilrechts]. Man hat gefragt: zu welcher Classe von Rechten gehören die Klagerechte? und die Antwort gegeben: „Zu den Obligationen". Das Verhältniß zwischen Kläger und Beklagten sei wie das zwischen Gläubiger und Schuldner. Diese Antwort ist schon deswegen ungenau: zwischen künftigen Klägern und Beklagten als solchen vor Anstellung der

Klage ist gar kein Verhältniß, und das durch die Anstellung entstehende ist das Proceßverhältniß. Die Antwort ist aber überall zu verwerfen, weil die Frage falsch ist. Klagen sind keine Rechte für sich, hinsichtlich deren man jene Frage aufwerfen könnte, sondern bloße Annexa von Rechten, Bestandtheile von Rechten, Berechtigungen, ebenso wie z. B. das Recht, über die Sache zu disponiren.

Drei Momente sind bei der Klage im materiellen Sinn zu unterscheiden:

a) Grund der Klage, causa petendi. Dies ist das Recht, aus dem sie entspringt, dessen Bestandtheil sie ist, das mit ihr geltend gemacht ist. Von dem Recht selbst ist dessen Entstehung zu unterscheiden (z. B. Eigenthum und Tradition). Das Letztere ist nur die causa causae actionis. Jenes kann man den unmittelbaren Klagegrund, causa proxima,[1] dieses den mittelbaren, causa remota, nennen (auch rechtlichen — factischen Klagegrund).

Man darf diese Begriffe ja nicht vermischen mit jenen Momenten des Klaglibells (der Klage im processualischen Sinn), wo unter rechtlichem Klagegrund der Rechtssatz verstanden wird, soweit die Processualisten überhaupt in ihrem Sprachgebrauch einig sind, was gar nicht allgemein der Fall ist. Wo von der Klage im materiellen Sinn die Rede ist, hat man den Begriff bloß in dem angegebenen Sinn zu nehmen.

Causa proxima und remota lassen sich nur dann vollständig scheiden und auseinanderhalten, wenn das Recht auf mehrere Arten entstehen kann. Dies ist nicht der Fall bei den Obligationen. Jede Obligatio entsteht auf die ihr eigenthümliche Art, ohne deren Angabe sie sich nicht bezeichnen läßt.

Im allgemeinen Sinn ist eine Klage entstanden, so wie ihr Grund existirt, also mit dem Recht, aus dem sie entspringt. Nur freilich ist hier nicht immer schon die unmittelbare Möglichkeit sie anzustellen vorhanden.

---

1) Dieses Wort kommt schon im römischen Recht dafür vor. L. 27. D. de exc. rei iud. (44, 2): Cum de hoc an eadem res est, quaeritur, haec spectanda sunt: personae, id ipsum, de quo agitur, causa proxima actionis. Nec iam interest, qua ratione quis eam causam actionis competere sibi existimasset, perinde ac si quis posteaquam contra eum iudicatum esset, nova instrumenta causae suae reperisset.

b) Veranlassung der Klage. Diese ist eine Rechtsverletzung, nicht gerade ein Delict, sondern überhaupt Störung oder Hinderung der Ausübung durch Thun oder Unterlassen. Zuweilen ist nicht einmal ein körperlicher Act erforderlich, sondern Bestreiten hinreichend. Durch die Verletzung bestimmt sich der Beklagte. (Man darf dies nicht Begründung der Klage — im materiellen Sinn — nennen [denn Grund der Klage im civilrechtlichen Sinne ist die Existenz des Rechts, nicht seine Verletzung]; insofern man im processualischen Sinn alles unter Begründung versteht, was Prämisse des Petitums ist, gehört natürlich auch die Veranlassung dazu, aber dies darf nicht übertragen werden auf die materielle Betrachtung).

Der Eintritt der Veranlassung macht die Anstellung der Klage unmittelbar möglich. Die Klage ist entstanden im engeren Sinn, actio nata. Dies ist wichtig für die Verjährungsfrage (für andere Fragen kann die Klage schon als entstanden gelten, so wie der Grund existirt).

c) Gegenstand der Klage, das was mit ihr erreicht wird, ihr Zweck. Im allgemeinen also Schutz des Rechts, welches der Grund der Klage ist, Aufhebung der Veranlassung, Beseitigung der Verletzung, also thätige Anerkennung des Rechts. Der Gegenstand der Klage kann Haupt- oder Nebengegenstand sein. Nebengegenstand ist der Inbegriff der Accessionen, die als solche sich verhalten entweder zu dem Gegenstand des Rechts (z. B. Früchte), oder zu dem Recht selbst (z. B. nicht stipulirte Zinsen und Ersatz des Schadens), oder zu der Klage als solcher (z. B. Proceßkosten). Diese Nebengegenstände haben regelmäßig nur als Accessionen eine Wirkung, keine besondere Klage; ist die Hauptklage consumirt, so findet keine Forderung der Accessionen statt. Viele Practiker haben behauptet, der Richter habe auch ohne Gesuch darauf zu erkennen, wenn ihre Begründung aus den Acten erhelle. Diese Behauptung beruht auf einem Mißverständniß der Stellen des römischen Rechts, welche davon handeln, daß bei bonae fidei iudicia solche Accessionen *officio iudicis* hinzuträten [d. h. der Judex muß auf sie mit erkennen, wenn auch der Prätor in der Formel nicht darauf hingewiesen hat].

Es giebt Klagen, welche außer ihrem Grund und ihrer Veranlassung voraussetzen, daß nicht dem Kläger ein anderes Rechtsmittel zu Gebote stehe, „allgemein subsidiäre Klagen", so die in

integrum restitutio, actio doli, actio quod metus causa, querela inofficiosi (testamenti und donationis), actio funeraria. So oft neben diesen Klagen ein anderes Rechtsmittel begründet ist, vorausgesetzt daß damit ebenso viel erreicht werden kann, als mit jenen, sind sie unzulässig. Am meisten besitzt diese Eigenschaft die actio doli, welche auch durch andere subsidiäre Klagen ausgeschlossen wird, z. B. durch die in integrum restitutio, nur mit der actio quod metus concurrirt sie electiv (s. Note c des Lehrbuchs).[2]

Arten der Klagen.

Nach ihrem historischen Verhältniß.

§. 82.

S. das Lehrbuch.

Nach dem Klagegrund.

§. 83.

Die wichtigste Eintheilung der Klagen ist die auf den Grund sich beziehende, in dingliche und persönliche.

Der Unterschied tritt in der Form hervor, welche die Klagen bei der Anstellung erhalten. Nach altem römischen Recht war dies die Formula, und zwar der Theil, welcher den Ausdruck des Rechts enthielt, intentio. In dieser wurde entweder die Person des Beklagten genannt, intentio in personam, oder nicht, intentio in rem [z. B. si paret reum actori dare oportere und dagegen: si paret hanc rem actoris esse]. Dies läßt sich auf das heutige Petitum anwenden. Auch hier können wir unterscheiden, ob das Petitum unmittelbar gegen eine bestimmte Person gerichtet ist, oder nicht, wenn auch vielleicht folgerungsweise.

Jene Verschiedenheit hat ihren Grund in den Rechten, aus denen die Klagen entstehen, und deren Ausdruck das Petitum ist. Es giebt Rechte, denen eine Verbindlichkeit einer bestimmten Person gegenübersteht, und die sich daher ohne diese Person zu nen-

2) L. 1. §. 4. sqq., L. 2—7. D. de dolo m. (4, 3), L. 14. §. 2. 13. D. quod metus (4, 2).

nen, nicht vollständig ausdrücken lassen, indem diese Person mit zum Begriff des Rechts gehört: die Obligationen. Die Klagen aus diesen werden daher in personam gefaßt. Alle anderen Rechte lassen sich ohne Benennung des Gegners vollständig bezeichnen, das Recht existirt ohne ihn, Rechte an Sachen, an Personen, Erbrecht ꝛc. — daher werden hier die Klagen in rem gefaßt.

Wegen dieses Grundes der Verschiedenheit ist diese nicht bloß eine der Klagen im processualischen Sinn, sondern schon der Klagerechte, der Klagen im materiellen Sinn. Hier ist der Begriff der Eintheilung so zu geben: in personam actiones, Klagen aus Obligationen, in rem actiones, Klagen aus anderen Rechten.

Aus dieser Verschiedenheit folgt eine andere (also abgeleitete) Verschiedenheit. In personam actiones haben ihren im Voraus bestimmten und bekannten Beklagten, den Schuldner. Er ist schon durch den Grund der Klage gegeben, nur der Schuldner kann das Recht verletzen. Nicht so bei in rem actiones. Hier wird der Beklagte erst durch die wirkliche Verletzung bestimmt z. B. durch Besitz der Sache; er ist vorher noch nicht zu benennen. Es ist eine veränderliche Eigenschaft, die hier jemanden zum Beklagten macht.

In dieser letzten Beziehung haben einige Klagen aus Obligationen die Eigenschaft der dinglichen Klagen erhalten, daß sie nicht bloß gegen einen bestimmten Beklagten, der durch das obligatorische Ereigniß zunächst betroffen wird, angestellt werden können, sondern auch gegen andere Personen, die in ein Verhältniß zu der betreffenden Sache getreten sind, gegen jeden Eigenthümer oder Besitzer einer gewissen Sache.[1] Bei der actio quod metus causa wurde diese Eigenthümlichkeit in der Klageformel ausgedrückt, die auf die Existenz einer Gewalt gefaßt wurde, nicht dahin, daß der Beklagte sich dieser schuldig gemacht habe. Daher wird diese actio in rem scripta genannt. Bei den übrigen findet materiell diese Ausdehnung in gleichem oder geringerem Grad statt, aber ohne die Fassung zu bestimmen. Daher wird für sie nicht jener Name gebraucht. Umgekehrt kann bei dinglichen Klagen der Beklagte fixirt werden, z. B. durch einen dolus von sei-

---

1) Actio quod metus causa, Klagen auf Exhibition ꝛc., s. Note b. des Lehrbuchs.

ner Seite. Dadurch erhält die dingliche Klage in dieser Beziehung eine der actio in personam analoge Natur.

Zu Note a des Lehrbuchs: [In den Institutionen Justinian's[2] wird erwähnt, zu der Eintheilung in dingliche und persönliche Klagen käme noch eine dritte Art hinzu, die mixtae actiones, die Beides enthielten. Hierunter werden die Theilungsklagen verstanden, die aus einer Gemeinschaft (z. B. Miteigenthum) entstehen]. Sicher haben dies die Institutionenverfasser nicht erfunden, sondern in einem alten Juristen gelesen. Hier hatte es folgenden Sinn: die Formel war eine doppelte, sie enthielt 1) die adiudicatio, das Gebot an den Richter, Einer Partei Eigenthum zuzuerkennen; 2) die condemnatio wegen praestationes personales. Die adiudicatio war in rem gefaßt: iudex Titio adiudicato, die condemnatio aber in personam. Die formulae waren also processualisch in rem und in personam conceptae zugleich, und heißen daher mixtae formulae. Für das justinianische Recht hat diese Bemerkung keinen Sinn mehr [da der alte Formularproceß längst aufgehört hatte, und die Institutionenverfasser waren im Schlaf, als sie jene Stelle mit aufnahmen],[3] sie könnte hier nur noch gelten, wenn materiell eine Mischung darin läge. Aber diese Klagen sind in der That persönliche, aus einer Obligatio, die nur auf Gemeinschaft eines anderen Rechts sich gründet. Sie gehen auch nicht auf Anerkennung dieses Rechts [z. B. des Miteigenthums, des Miterbrechts, sondern diese wird schon vorausgesetzt und nur die Theilung beabsichtigt]. Nur eine derselben, die actio finium regundorum (s. §. 374), hat etwas

---

2) §. 20. I. de action. (4, 6): quaedam actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam: qualis est familiae erciscundae actio cet.

3) (Pards a. a. O. S. 24.: „Die formulae nun, die zugleich in rem und in personam conceptae sind, heißen daher mixtae formulae und sind processualisch zugleich in rem und in personam." Dieser tautologische Satz beruht sicher auf einer unrichtigen Auffassung des Zuhörers. — In der Sache selbst drückt sich übrigens der Verfasser zu stark aus, denn 1) kann auch in der actio familiae herciscundae über das Miterbrecht entschieden werden, L. 1. §. 1. D. fam. herc. (10, 2), und schon Ulpian sagt daher, gewiß mehr im Hinblick auf die materielle als die processualische Natur der Klage: familiae herciscundae iudicium ex duobus constat, id est ex rebus atque praestationibus, quae sunt personales actiones, L. 22. §. 4. D. eod., 2) bezog sich die condemnatio ebenfalls auf beide Parteien und mußte daher gerade so unpersönlich (in rem) gefaßt sein, wie die adiudicatio. Die Stelle der Institutionen wird daher schon von einem alten Juristen herrühren, vielleicht aus Gaius res quotidianae oder von Ulpian selbst, vergl. die sehr ähnliche Stelle Ulp. fr. XIX, 16. A. d. H.)

eigenthümliches in dieser Hinsicht [und ist vielleicht eine wahre mixta actio].

Ueber die Eintheilung der persönlichen Klagen in stricti iudicii und bonae fidei actiones s. das Lehrbuch. Die nähere Auseinandersetzung gehört in die historischen Vorlesungen. Vergleiche aber auch noch §. 236, wo auf die materiellen Wirkungen zurückzukommen sein wird, so weit sie zum Verständniß der richtigen Anwendung des römischen Rechts nothwendig gekannt werden müssen. Ebenso wird die Eintheilung der actiones in directae und contrariae noch bei den Obligationen erörtert werden (s. §. 232).

Nach dem Gegenstand.

§. 84.

Gegenstand der Klage ist im Allgemeinen Anerkennung des Rechts, das ihr Grund ist, durch den Richter. Dies ist der Inhalt des Petitums, welches dem künftigen Urtheil, wie die Klage es verlangt, gleichlautend ist. Zur thätigen Anerkennung gehört die Beseitigung der Verletzung; insofern diese letztere in einer Bestreitung besteht, liegt ihre Beseitigung schon in der Entscheidung, daß dem Kläger das Recht zustehe. In der Regel wird aber diese Feststellung des Rechts nicht hinreichen; der Beklagte wird etwas zu unterlassen oder zu thun haben, um die Verletzung zu heben. Das Gesuch des Klägers geht also auch darauf, daß der Richter ihn dazu schuldig erkenne, Condemnation, und auf diese bezieht sich die auf das Urtheil folgende Execution (deren es in Beziehung auf jenes erste Moment nicht bedarf).

In dieser Beziehung sind drei Classen von Klagen zu unterscheiden: Klagen auf bloße Condemnation, Klagen auf Condemnation und eine ihr vorausgehende besondere Anerkennung des Rechts, Klagen ohne Condemnation.

1) Die persönlichen Klagen gründen sich auf eine Obligatio; diese besteht darin, daß der Beklagte dem Kläger etwas schuldig sei. Der Ausspruch, daß dem Kläger das Recht zustehe, erhält also die Fassung: daß Beklagter dem Kläger das zu leistende schuldig sei. Hierin liegt aber zugleich die Condemnation, beides fällt hier nothwendig der Natur der Sache nach zusammen. Dies sind die Klagen auf bloße Condemnation.

2) Die dinglichen Klagen gründen sich auf Rechte, deren Inhalt nicht eine bestimmte Verbindlichkeit einer anderen Person einschließt. Der Ausspruch, daß dem Kläger das Recht zustehe, hat also nicht die Fassung einer Condemnation. Aber die Beseitigung der Verletzung wird außerdem eine Handlung des Beklagten fordern, es tritt daher noch eine Condemnation hinzu, z. B. daß Kläger Eigenthümer der Sache, daher Beklagter diese herauszugeben schuldig, oder: — daher Beklagter sich jeder weiteren Störung bei rc. Thlr. Strafe zu enthalten, auch den verursachten Schaden zu ersetzen schuldig. Dies sind also Klagen auf Anerkennung des Rechts und Condemnation.

3) Einige Klagen haben gar keine Condemnation zur Folge, sondern sie gehen auf den einfachen Ausspruch, daß ein gewisses Rechtsverhältniß bestehe, praeiudiciales actiones. Der Grund kann in der Natur des Rechts liegen, aus dem sie entspringen, indem dabei von Wiederherstellung der Ausübung durch Thätigkeit des Beklagten nicht die Rede sein kann; so bei den Klagen, mit welchen die Anerkennung eines gewissen Status verlangt wird. Möglicherweise kann es eine processualische Eigenheit sein, daß die etwaige Wiederherstellung gegen eine Verletzung zum Gegenstand eines besonderen Processes gemacht wird, der auf jenen folgt, und in Beziehung auf den jener das praeiudicium ist. (Nicht alle Klagen aber, die eine andere vorbereiten, sind praeiudiciales).

Eine besondere Anwendung findet dies noch bei den Theilungsklagen. Diese werden zurückgewiesen durch Bestreitung des Miteigenthums und Miterbrechts. Der Kläger muß also in diesem Fall zuerst auf Anerkennung dieses Rechts mit der rei vindicatio rc. klagen. Aber diese Klage hat nur den Zweck dieser Anerkennung. Statt der Condemnation in Herausgabe tritt sodann das iudicium divisorium ein. Das heißt also: in diesem Fall ist die rei vindicatio oder die hereditatis petitio etc. eine actio praeiudicialis [weil sie nicht selbst auf die Condemnation geht, sondern zur Vorbereitung der die Condemnation bezweckenden Theilungsklage dient].

[Praeiudiciales actiones in rem esse videntur d. h. der Beklagte wurde nicht in der Intentio genannt].[1]

1) (Die Parbs'sche Nachschrift beschränkt diesen allgemeinen Satz mißverständlich auf die praeiudicialis actio, welche die Theilungsklage vorbereitet. —

Die Klagen, welche das Vermögen berühren, können dies auf doppelte Weise, es erhalten oder verändern, von Seiten der einen oder der anderen Partei.

1) Auf Seiten des Klägers. Ihr Gegenstand soll sein Vermögen entweder nur in seinem gegenwärtigen Werth erhalten, rem persequuntur, oder ihn bereichern, oder sie enthalten wenigstens diese Möglichkeit, dies ist der Fall, wenn sie auf eine Strafe gehen, poenam persequuntur. Alle Ansprüche, die sich rein auf ein Rechtsgeschäft gründen, haben den ersten Charakter, denn wenn auch das Rechtsgeschäft den Kläger bereichert hat, so ist dies doch nicht erst die Folge der Klage. Eine unerlaubte Handlung dagegen kann man naturgemäß nicht als eine Bereicherung des Verletzten auffassen, hier hängt also die Bereicherung von dem Erfolg der Klage ab, wenn auf Schadenersatz geklagt ist, rem persequitur, die Strafe dagegen ist jener Gegenstand, der ihn bereichert. (Möglicherweise wird dadurch der Beweis des Schadens erleichtert, da häufig die Privatstrafe nur die Intention einer möglichst vollen Entschädigung haben wird). Beide Gegenstände können sich in denselben Klagen verbinden, mixtae actiones. Vergl. noch §. 230.

2) Auf Seiten des Beklagten. Entweder die Klage soll nur etwas aus seinem Vermögen entfernen, was nicht hineingehört, also eine Bereicherung verhindern. Dies ist bei allen Klagen aus Rechtsgeschäften der Fall, und auch aus anderen Gründen, sofern sie sich auf das, was aus einem fremden Vermögen gekommen ist, beschränken. Oder sie machen ihn ärmer, oder enthalten wenigstens diese Möglichkeit, da sie nicht jene Schranke haben. Dies ist nicht bloß bei jenen Pönalklagen, sondern auch bei den Ersatzklagen der Fall. Daher wird auch der Gegenstand dieser nicht selten vom Standpunkt des Beklagten aus als poena bezeichnet. (Es giebt also poenae von beiden Seiten, und poenae

---

In der Sache selbst ist die Erklärung des Vfs. auch hier zu processualisch. Die unpersönliche Fassung der Intentio würde durch in rem concipiuntur oder scriptae sunt ausgedrückt sein und kommt auch bei persönlichen Klagen (actio quod metus causa) und exceptio metus vor; in rem esse videntur heißt: die Präjudicialklagen sind den dinglichen gleichgestellt, weil der Klagegrund, wenn auch kein dingliches Recht (rem corporalem oder incorporalem nostram esse), sondern ein ius personarum (libertas, Ingenuität u. s. w.), doch ein absolutes Verhältniß, keine Obligatio ist. A. d. H.)

bloß von Seiten des Beklagten. v. Savigny nennt sie zweiseitige, einseitige Strafklagen).[2]

S. die übrigen Punkte im Lehrbuch.

Nach dem Verfahren.

§. 85.

In Beziehung auf das heutige Recht haben die im Lehrbuch angeführten Eintheilungen eine verschiedene Bedeutung.

1) Einige sind rein historisch, ohne unmittelbare praktische Bedeutung, so die Eintheilungen in actiones ordinariae und extraordinariae, in ius und in factum conceptae, actiones quae sua vi ac potestate constant und ficticiae.

2) Eine an sich rein historische Bedeutung hat der Unterschied von actiones und interdicta. Aber eine praktische Beziehung ist ihm durch die Regel gegeben, daß die Interdicte im summarischen Proceß zu verhandeln sind.

3) Eine noch vollkommen praktische Bedeutung hat die Eigenthümlichkeit der iudicia duplicia, der Theilungsklagen und interdicta retinendae possessionis. Sie zeichnen sich aus durch die Gleichheit der Parteirollen theils in Beziehung auf die Beweislast, theils in Beziehung auf die Condemnation, indem auch der Kläger condemnirt werden kann.

Interdictum heißt der Befehl des Prätors, und die Klage selbst (weil das Interdict in jenem Sinn zugleich die Formel für diese ist). Die Interdicte sind restitutoria, exhibitoria, prohibitoria. Der Kläger gründet formell seine Klage nicht auf ein unabhängiges Recht, sondern auf den Befehl des Prätors und dessen Uebertretung von Seiten des Beklagten. Daraus erklärt sich die materielle Eigenthümlichkeit, (daß die Früchte der Sache erst seit der Anstellung der Klage gefordert werden können, ex quo interdictum editum est). S. Note d des Lehrbuchs.[1]

Aber der materielle Grund der Interdicte tritt doch auch in

2) System, Bd. V. §. 210.

1) (Wo aber statt L. 2. vielmehr L. 3. D. de interd. (43, 1) zu lesen ist. Der Satz ist übrigens erst durch die Compilatoren, die ihn aus dem Zusammenhang L. 1. §. 40. D. de vi (43, 16) gerissen und in den Titel de interdictis aufgenommen haben, ein scheinbar allgemeiner geworden. Bei dem int. de vi, fraudatorium und quod vi aut clam, welche aus einem Delict entspringen, werden die Früchte von der That an restituirt: L. 1. §. 40. D. cit., L. 25. §. 4. D. quae in fr. (42, 8), L. 38. §. 11. D. de usur. (22, 1). A. d. H.)

ihrer Behandlung hervor. Es wird unterschieden proprietatis causa (ein von dem Interdict unabhängiges Recht), und possessionis causa (Ausübung eines Rechts, Besitz). Zu den ersten gehören namentlich die interdicta adipiscendae possessionis, [wo der Besitz nicht Grund sondern Gegenstand der Klage ist].[2]

Neben beiden stehen auch actiones, bei den ersten aus demselben Recht, das auch durch die Interdicte geschützt wird, z. B. interdictum Salvianum und actio Serviana — interdictum quorum bonorum und hereditatis petitio. Sowohl in der einen als in der anderen Proceßform wird über das Recht gestritten und entschieden. Daher steht dem mit dem Interdict Abgewiesenen die exceptio rei iudicatae entgegen, wenn er mit der actio klagt.[3]

Bei den zweiten entsteht die actio (petitorisches Rechtsmittel) aus einem ganz anderen Recht, als das Interdict (possessorisches Rechtsmittel), z. B. Eigenthum — Besitz. Der Gegenstand des Streits und der richterlichen Entscheidung ist also ein ganz verschiedener. Daher findet hier die exceptio rei iudicatae keinen Platz.[4]

In der Praxis hätte man die Interdicte der ersten Art ganz fallen lassen sollen. Schon Justinian hätte es thun sollen, wenn er die nöthige Einsicht besessen hätte. Aber unsere Praktiker sind oft sehr unpraktisch. Man hat die bedeutungslose Unterscheidung festgehalten, aber ihr eine neue sehr unrichtige Bedeutung gegeben.

Es sei ein Streit über dasselbe Recht, aber das eine Mal provisorisch und nach der Wahrscheinlichkeit zu entscheiden, das andere Mal definitiv. Dies hat man durch die in der Note angeführte Stelle begründet. Die ganze Ansicht ist jedoch durchaus

---

2) (Der Satz, daß die int. adipiscendae possessionis nicht den Besitz, sondern ein Recht zum Klagegrund haben, ist übrigens unbegründet: Schmidt, Interdictenverfahren (1853) S. 91 f. Wirklich petitorisch sind die Interdicte de locis publicis, sacris, religiosis §. 35 a, die zum Schutz der Rechte an freien Menschen §. 398 432 und der Ausbesserung einer Sache §. 139, des Lehrb. A. d. H.)

3) (Vergl. hiergegen L. 2. D. de Salv. int. (43, 33): In Salviano interdicto si in fundum communem duorum pignora sint ab aliquo invecta: possessor vincet et erit eis descendendum ad Servianum iudicium. Vergl. §. 217 Note a, d des Lehrbuchs. Rudorff, Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. Bd. 12. S. 237 f. Wegen des int. quorum bonorum s. Schmidt a. a. O. S. 94. — Daß übrigens bei wirklicher proprietatis causa des Interdicts für die Actio res iudicata entsteht, versteht sich von selbst: L. 3. §. 4. D. de lib. exhib. (43, 30), L. 3. §. 7. D. de hom. lib. exh. (43, 29), L. 1. §. 45. D. de aqua quot. (43, 20). A. d. H.)

4) L. 14. §. 3. D. de exc. rei iud. (44, 2): Si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur per exceptionem, quoniam in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur.

verwerflich. Unter Umständen kann eine provisorische Entscheidung Bedürfniß sein, aber dafür ist dann auf andere Weise gesorgt (so z. B. beim Erbrecht).

Aufhebung der Klagen.

§. 86.

S. das Lehrbuch.

Concurrenz.

§. 87.

Concurrenz der Klagen, concursus actionum, das Zusammentreffen mehrerer Klagen kann die Veranlassung der Aufhebung einer derselben werden. Nicht damit zu verwechseln ist der Rechtssatz von der Subsidiarität, §. 81. Hier wird die Entstehung der subsidiären Klage verhindert, also es tritt keine Concurrenz ein (mit den oben angegebenen Ausnahmen, actio doli und quod metus). Die wichtige Folge davon ist, wenn auch die andere Klage, [durch welche sie ausgeschlossen wurde, fruchtlos blieb oder durch Verjährung] verloren worden ist, so ist doch die actio doli nicht begründet, eben weil ihre Entstehung verhindert wurde durch die Existenz jener Klage.

Aber niemals ist die Concurrenz selbst eine Aufhebung, sondern erst entweder die Anstellung, oder sogar erst die Befriedigung.

1) In gewissen Fällen steht dem Kläger die Wahl zwischen mehreren Ansprüchen zu, die nicht neben einander verfolgt werden können, entweder weil sie an sich unverträglich, oder durch Rechtsvorschrift dafür erklärt sind, z. B. Ausübung der lex commissoria und der Forderung aus dem Kauf, [d. h. es hat Jemand gekauft mit der Bedingung, daß der Verkäufer das Geschäft aufheben könne, wenn der Kaufpreis nicht binnen einer bestimmten Zeit bezahlt werde; hier hat der Verkäufer die Wahl, ob er klagen will auf Aufhebung des Geschäfts oder auf Zahlung des Kaufpreises], actio redhibitoria und quanti minoris, actio in factum de receptis und Klage gegen den Thäter 2c.[1] Hier schließt der Berechtigte durch die Anstellung der einen Klage die andere aus (welches auch der Erfolg sein möge).

1) L. 7. D. de lege comm. (18, 3), §. 16. J. de obl. ex del. (4, 1), L. 3. §. 5. D. nautae caup. (4, 9), L. 5. §. 1. D. de calumn. (3, 6).

2) Wenn mehrere Klagen denselben Gegenstand und Zweck haben, so können beide insofern neben einander bestehen, als nicht schon die Concurrenz sie aufhebt, auch die Anstellung nicht, wohl aber die Erreichung des Zwecks. So weit dieser Zweck identisch ist, muß die zweite Klage wegfallen, wenn er mit der ersten erreicht ist. Dies ist der eigentliche Fall der Aufhebung einer Klage wegen Concurrenz.

Das Princip ist: man kann nicht mehrmals dasselbe einklagen; was durch eine Klage erlangt worden ist, kann nicht noch einmal durch eine andere gefordert werden. Die Voraussetzung ist also die, daß mehrere Klagen denselben Gegenstand haben, z. B. condictio furtiva und rei vindicatio, actio communi dividundo und actio pro socio, soweit jene auf praestationes personales geht. Dies findet jedoch keine Anwendung auf mehrere Strafen. Daher können, wenn eine Handlung unter den Begriff mehrerer Delicte fällt, die verschiedenen Pönalklagen neben einander angestellt werden, z. B. wegen Peitschen eines fremden Sclaven die actio iniuriarum und die actio legis Aquiliae. Doch war über diesen Punkt eine Controverse unter den römischen Juristen, wenigstens hinsichtlich der Anwendung auf gewisse Fälle.[2]

---

2) Vgl. L. 1. §. 21. 22. D. de tut. act. (27,3), L. 60. D. de O. et A. (44,7), L. 9. C. de accus. (9,2), L. 11. §. 2. D. ad l. Aquil. (9, 2), L. 55. §. 1. D. de adm. et peric. tut. (26,7), L. 1. §. 9., L. 18. §. 2. D. de iniur. (47,10), L. 3. §. 1. D. de duob. reis (45, 2). (Der Streit betraf besonders die Concurrenz der aquilischen Klage mit der actio arborum furtim caesarum und iniuriarum. In beiden Fällen nahm Paulus partielle Concurrenz an d. h. Zulassung der Aquilia auf den Ueberschuß z. B. das Duplum, die Kurkosten: L. 34. pr. D. de O. et A. (44, 7), L. 1. 11. D. arb. furt. caes. (47. 7), während Andere sich für völlige Ausschließung der zweiten Klage durch Anstellung der ersten, noch Andere endlich für vollständiges Nebeneinanderbestehen beider Klagen entschieden: L. 15. §. 46. D. de iniur. (47, 10), L. 6. D. ad l. Iul. de adult. (48, 5). Welche Meinung Justinian vorzieht, ist nicht ganz unzweifelhaft, nach v. Savigny, System Bd. V. S. 241 ff. wäre es die dritte; allein die Stellen, auf welche er sich beruft (L. 32. D. de O. et A. (44,7), L. 60. 130. D. de R. J. (50, 17), letztere wiederholt §. 1. J. de nox. act. (4, 8), enthalten nur einen Protest gegen die zweite und die Entscheidung Justinian's in L. 20. C. de furt. (6, 2); §. 8. J. de obl. ex del. (4, 1) betraf einen anderen unter den römischen Juristen nicht streitigen Fall: Huschke, Zeitschrift für Civilr. und Prozeß N. F. Bd. 2. (1846) S. 192. Innere Gründe sprechen mehr für die erste Meinung, und in Anwendung auf die actio furti und vi bonorum raptorum ist die partielle Concurrenz sogar unbestritten: L. 88. D. de furt. (47, 2), L. 1. D. de vi bon. rapt. (47, 8), auch L. 2. §. 10. D. eod.: Ceterum neque furti actio neque legis aquiliae contributae sunt in hoc edicto, licet interdum communes sint cum hoc edicto läugnet nicht die Concurrenz, sondern nur das Aufgehen dieser Klagen in der actio vi bonorum. A. d. H.)

Die Identität des Gegenstandes schließt die folgende Klage nur aus, soweit derselbe mit der ersten erreicht worden ist. Daher kann, wenn die zweite vortheilhafter ist, mit ihr das Mehr nachgefordert werden.

Eine solche Concurrenz kann unter denselben Personen, also gegen denselben Beklagten stattfinden, und davon war bisher allein die Rede (objectiver Concurs). Aber sie kann auch dadurch entstehen, daß mehrere Verpflichtete da sind, solidarische Verpflichtung (subjectiver Concurs), z. B. mehrere Delictsurheber hinsichtlich des Schadenersatzes. Auch hier gilt jenes Princip. Nicht hierher gehört die Correalobligation, aus welcher nicht mehrere Klagen, sondern nur Eine entsteht.

Alle Fälle des Concurses, in welchen derselbe Veranlassung zur Aufhebung wird, nennt man electiven Concurs — eigentlich unpassend, da nicht schon die Wahl die Klage aufhebt.

Diesem steht entgegen der s. g. cumulative Concurs, d. h. die Concurrenz von Klagen in irgend anderer Rücksicht, durch welche keine Aufhebung herbeigeführt wird.

So enthält keine Aufhebung das Zusammentreffen mehrerer Klagen in ihrer Entstehung, wenn nicht damit eine Identität des Gegenstandes sich verbindet, z. B. Injurie gegen eine verheirathete Frau, Diebstahl (condictio furtiva, actio furti), [wer eine Injurie gegen eine verheirathete Frau begeht, begeht sie gegen die Frau und den Mann zugleich und beide können zugleich klagen; aus dem Diebstahl entsteht die actio furti auf Strafe und die condictio furtiva auf Erlangung der Sache, beide können also neben einander angestellt werden], Strafklagen gegen mehrere Miturheber, Verpflichtung Mehrerer pro parte durch ein Rechtsgeschäft, Beschädigung oder Besitznahme einer Mehreren gehörigen Sache. Eben so wenig gehört hierher das Zusammentreffen mehrerer Klagen in derselben Person, Kläger oder Beklagten, wo nicht der Gegenstand derselbe ist.

Man hat noch von einem successiven Concurs gesprochen. Manche Klagen stehen in dem Verhältniß der Vorbereitung zu anderen, z. B. die actio ad exhibendum zur rei vindicatio, die rei vindicatio zur actio communi dividundo, die Klage gegen den Hauptschuldner zu der gegen den Bürgen ꝛc. Dies hat durchaus keine Beziehung auf die Aufhebung der Klagen, gehört also gar nicht hierher.

Tod.

§. 88.

Klagen gehen regelmäßig activ und passiv auf die Erben über, denn sie sind active und passive Bestandtheile des Vermögens.

Der active Uebergang setzt natürlich die Vererblichkeit des Rechts voraus, aus dem die Klage entspringt. Er bezieht sich daher nicht auf Klagen aus Rechten, die nicht Vermögensrechte sind, z. B. Klagen aus der väterlichen Gewalt. Hier geht die Klage mit dem Recht selbst unter. Dieser Grund steht auch dem Uebergang der Popularklagen entgegen, Klagen, welche jedem Bürger zustehen, der darin Vertreter der Gesammtheit ist, das Recht und Interesse des Gemeinwesens geltend macht. Der Erbe hat sie selbstständig aus seiner Eigenschaft als Bürger, wenn er ein solcher ist, nicht als Erbe. Diese Repräsentation ist nichts vererbliches. Anders gestaltet sich das Verhältniß, wenn die Popularklage schon angestellt und zur Litiscontestation gebracht ist. Hier hat der Umstand Einfluß, daß der Kläger den eingeklagten Gegenstand behalten soll. Durch die Litiscontestation ist die Forderung sein Privat- und Vermögensrecht geworden, und damit vererblich.

Außerdem giebt es noch eine Reihe von Klagen, die obwohl aus Privatrechten, und zwar aus Obligationen, also Rechten, die an sich Vermögensrechte sind, entspringend, doch nicht als Vermögensobjecte betrachtet werden, weil diese Betrachtung ihrem materiellen Charakter widersprechen, ja eine Unsittlichkeit sein würde, Klagen, mit denen eine Kränkung des Gemüths geahndet wird (actiones vindictam spirantes). Die einzelnen Fälle s. Note c des Lehrbuchs. Der Typus derselben ist die Injurienklage. Sie geht auf eine Geldstrafe; aber es wäre schimpflich, sie anders denn als bloßes Mittel zu betrachten, den Gewinn dabei im Auge zu haben. So sollen auch die anderen in dieser Hinsicht ihr gleichgestellten betrachtet werden. Aus einem doppelten Grund werden sie nicht dem Erben gegeben, 1) weil dies eben hieße, sie als Vermögensvermehrung behandeln, 2) weil der Erbe nicht als Repräsentant der Gefühle des Erblassers gelten kann. Aber auch dies gilt nur von der nicht angestellten Klage. Die Litiscontestation löscht auch hier die Eigenschaft aus, welche sie der Vererbung entzieht.

Diese Ausnahmen von dem activen Uebergang sind also in der Natur der Sache gegründet, sie sind kaum Ausnahmen zu nennen, die Regel selbst erstreckt sich nicht darauf.

Auch die Ausnahmen von dem passiven Uebergang sind zum Theil von dieser Art. Die Regel gründet sich darauf, daß die Klagen auf Seiten des Beklagten eine Vermögensminderung sind, ein Minus des Vermögens, in welches der Erbe so gut eintritt als in das Plus. Dieser Grundsatz aber setzt voraus, daß der Erblasser aus einem stehenden Grund der Klage verhaftet ist, er kann keine Anwendung finden, wenn dies bloß aus einem veränderlichen Grund der Fall war, wie als Eigenthümer einer gewissen Sache, oder als Besitzer z. B. Noxalklage, actio ad exhibendum. Bei dinglichen Klagen ist dies der gewöhnliche Fall, obwohl nicht immer. Da der Erblasser selbst nur so lange Beklagter war, als er in jenem Zustand sich befand, so kann natürlich auch sein Erbe nur unter dieser Voraussetzung Beklagter sein.

Eine naturgemäße Ausnahme von dem Grundsatz machen die Strafen. Die Strafe würde ihren Charakter ganz verlieren, wenn sie über einen Anderen, als den Begeher der unerlaubten Handlung verhängt würde. Ob sie den Leib oder, wie die Privatstrafen, das Vermögen trifft, ist gleich, wenn es nur eine Strafe sein soll. Daher der Grundsatz: heres in poenam non succedit. Durch die Litiscontestation mit dem Thäter wird das Verhältniß ein anderes, in die Obligatio, welche dadurch entstanden und wodurch die Verpflichtung, das Urtheil zu erfüllen, übernommen ist, succedirt der Erbe.

Aber das römische Recht ist einen bedeutenden Schritt weiter gegangen. Es hat überhaupt Delictsklagen (auf Strafe, Schadensersatz, beides) von dem passiven Uebergang ausgenommen, wenn sie nicht schon gegen den Erblasser angestellt worden sind. Es hat also jedes Delict als solches als etwas Individuelles behandelt, dessen Folgen das Individuum treffen sollen (ein Grundsatz, den auch das alte deutsche Recht hatte).

Dieser Grundsatz hat nun Modificationen erlitten, welche immer umfassender geworden sind. Man konnte sagen, auch der Schadensersatz ist für den Beklagten eine Strafe (s. oben), da er nicht von einer Bereicherung abhängt. Daran knüpfte sich folgende Modification jener Ausnahme: der Erbe soll sich nicht bereichern durch das Delict; so weit durch das Delict seines Erb-

lassers mit der Erbschaft etwas an ihn gekommen ist, haftet er in der Delictsklage, nicht bloß in der Klage auf Schadensersatz, sondern selbst in der Pönalklage.

Schon das römische Recht ist noch einen Schritt weiter gegangen, und hat die Haftung des Erben erweitert durch die Interpretation des pervenire ad heredem, worunter nicht bloß die gegenwärtige Bereicherung, sondern alles verstanden wird, was einmal an den Erben mit der Erbschaft gekommen ist.[1]

Das canonische Recht endlich hat vorgeschrieben, daß auf Schadensersatz die Erben belangt werden können, so weit die Erbschaft reicht, [unabhängig von einer durch das Delict bewirkten Bereicherung, so daß ein Unterschied zwischen Klagen aus Rechtsgeschäften und aus Delicten nur darin besteht, daß sie durch letztere höchstens die ganze Erbschaft, durch erstere auch noch vom eigenen Vermögen verlieren können]. Dies ist [zunächst nur für die geistlichen Gerichte bestimmt, aber] auch in den weltlichen Gerichten angenommen worden.[2]

Alle Popularklagen werden wie die Pönalklagen behandelt, ihr Gegenstand hat für den Kläger, da dieser nicht aus seinem eigenen Privatinteresse klagt, immer den Charakter eines Gewinns. [Darum geht die Popularklage auch passive nicht auf die Erben über: L. 8. D. de popul. act. (47, 23)]. — Die Klage gegen einen dolo desinens possidere wird nach Analogie einer Delictsklage auf Schadensersatz beurtheilt.

Auf andere Geschäftsklagen vel quasi hat der Tod des Beklagten keinen Einfluß, auch wenn sie durch eine unerlaubte Handlung, durch Dolus, veranlaßt sind. Dahin gehört die condictio furtiva, die man fälschlich für eine Delictsklage gehalten hat, welche eine Ausnahme von der Regel mache, da sie in solidum gegen die Erben geht. (Darauf gründet sich die z. B. von Mühlenbruch[3] aufgestellte Regel, Delictsklagen auf bloßen Schadensersatz, neben denen eine reine Pönalklage hergehe, gingen unbeschränkt gegen die Erben [auch wenn sie mit Dolus verbunden sind]).

---

1) Vergl. Note g des Lehrbuchs.

2) c. 14. X. de sepult. (3, 28), c. 5. X. de raptor. (5, 17), c. 9. X. de usur. (5, 19), c. 28. X. de sent. excomm. (5, 39). (Auch die Worte: iuxta facultates suas condigne satisfaciant in der zweiten Stelle sind nur vom Bestand der Erbschaft zu verstehen. Der Eingang in die weltlichen Gerichte steht mit der Verwerfung des Princips unbedingter Nichtverpflichtung der Erben in Verbindung, welches im älteren deutschen Recht gegolten hatte. A. d. H.)

3) Lehrbuch §. 611.

Jenes muß auch von der actio rerum amotarum gelten, soweit sie eine condictio ist.[4]

Ebenso sind Contractsklagen der Aufhebung durch den Tod nicht unterworfen, z. B. die actio depositi bei Dolus des Erblassers, nur haften die Erben nicht auf die Strafe, ([die poena dupli, so daß beim s. g. depositum miserabile die eine Hälfte wegfällt, und nur das Simplum auf die Erben übergeht]), denn auch hier gilt der Grundsatz: heres in poenam non succedit.

Eine Institutionenstelle[5] scheint sie den Delictsklagen auf Schadensersatz gleichzustellen. Dies wäre in offenbarem Widerspruch mit den mehrfachsten Entscheidungen der übrigen Theile der justinianischen Legislation. Die Aeußerung ist abgeschrieben aus Gaius, der die Klage gegen den Sponsor und Fidepromissor anführt. Dieses Beispiel konnten die Institutionenverfasser nicht brauchen, [da das ganze Institut im Justinianischen Rechte nicht mehr existirte, und statt den ganzen Satz zu streichen, ließen sie nur das Beispiel weg]. Sie dachten dagegen an die actio depositi auf das Duplum, s. Theophilus. Dies ist jedoch, wie oben angedeutet ist, ein Irrthum, und als einen solchen haben wir die Stelle für nicht geschrieben zu halten. Dagegen hätten die Pandekten den Institutionen allerdings ein Beispiel dargeboten [wo eine Geschäftsklage nicht gegen die Erben geht, nämlich die actio rationibus distrahendis, die aus dem Quasicontract der Tutel entspringt, und diese hätte Theophilus anziehen sollen]. S. Note 1 des Lehrbuchs am Ende.

Verjährung.

§. 89.

Die bei weitem wichtigste Aufhebung der Klagen ist die Verjährung (Begriff im Lehrbuch). Sie war dem ältesten römischen Recht ganz fremd. Durch den Ablauf einer gewissen Zeit kann das Recht untergehen und damit auch die Klage (z. B. Usucapion

4) Ueber L. 3. C. rer. amot. (5, 21) s. Note g des Lehrbuchs.

5) §. 1. J. de perp. et temp. act. (4, 12): — aliquando tamen etiam ex contractu actio contra heredem non competit, (veluti) cum testator dolose versatus sit (ex deposito), et ad heredem eius nihil ex dolo pervenerit. Vgl. Gaius IV. §. 113: aliquando tamen (etiam) ex contractu actio neque heredi neque in heredem competit. Nam adstipulatoris heres non habet actionem, et sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur.

der Sache), aber es ist nicht der Klage für sich ein solcher Termin gesetzt.

Zuerst kommt die Verjährung vor im magistratischen Recht. Bei neuen Klagen, welche die Prätoren einführten, hielten sie es für gerecht, unter Umständen eine Beschränkung eintreten zu lassen, so daß der Beklagte nach Ablauf einer gewissen Zeit sicher sein sollte. Gewöhnlich war die Frist ein Jahr. Dies schien billig 1) bei den Klagen, welche dem Kläger einen Gewinn verschaffen, den prätorischen Pönalklagen, 2) bei denen, welche wenigstens den Beklagten ärmer machen, Klagen auf unbedingten Schadensersatz. Ausgenommen wurden von dieser einjährigen Verjährung die Klagen, welche weder den Kläger bereichern, noch den Beklagten ärmer machen, die ihm nur entziehen, was an ihn gekommen ist.[1]

Auch auf die Klagen der Aedilen wurde die Verjährung ausgedehnt, welche sich von den Grundsätzen des ius civile entfernen; diese wurden zum Theil einer noch kürzeren Verjährung unterworfen.

Allmählig erstreckte man das Institut in das Gebiet des Civilrechts hinein, zunächst auf solche Klagen, die auf singulärem Recht beruhen: die Klage des Fiscus wegen Anfalls von Gütern und die querela inofficiosi.

Ungeachtet dieser Ausdehnung blieb das Institut die ganze classische Zeit der Jurisprudenz hindurch von beziehungsweise geringem Umfang. Die meisten Klagen unterlagen dieser Beschränkung nicht, actiones perpetuae, die actiones temporales bildeten die Ausnahme.

Eine ganz andere Wendung nahm die Sache durch ein Gesetz Theodosius II. vom Jahre 424. Alle Klagen, welche bis dahin perpetuae waren, sollten einer Verjährung von 30 Jahren unterliegen. Versuche der Praxis, dieses Gesetz zu umgehen und zu beschränken, veranlaßten mehrere Gesetze von Anastasius und Justinian, welche seine strenge Beobachtung einschärften, jedoch mit Erweiterung der Verjährungszeit einiger weniger Klagen auf 40 Jahre. Der alte Sprachgebrauch von actiones perpetuae — temporales wurde beibehalten.

Ausgenommen von der Verjährung waren im römischen Recht

---

1) L. 35. pr. D. de O. et A. (44, 7): In honorariis actionibus sic esse definiendum, ut quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum. —

die vindicatio in libertatem, die Vindication eines Colonen durch den Patron und eines Curialen durch die Stadt, sowie die Klage auf Steuerrückstände[2] durch singuläre Vorschrift. Im heutigen Recht giebt es nur Eine Ausnahme von der Verjährbarkeit aller Klagen, und diese ist nur eine unvollkommene. Mit jeder Gemeinschaft ist das Recht der Aufhebung (Theilung) verbunden. Die Verjährung der Theilungsklage kann nicht die Wirkung eines Zwangs zur ewigen Fortsetzung der Gemeinschaft haben, diese ist also insofern unverjährbar, als im Fall des Untergangs die Klage gleich wieder von neuem entstehen würde. Dessenungeachtet sind diese Klagen nicht schlechthin der Verjährung entzogen, sie verjähren, soweit sie auf praestationes personales oder auf Anfechtung einer Privattheilung gerichtet sind.[3]

Zweck der neuen Gesetze über die Klagverjährung: je weiter die Entstehung des Anspruchs zurückliegt, desto schwieriger ist die Erkenntniß der Wahrheit. Wäre dies bloß für den Kläger nachtheilig, so bedürfte es dieser allgemeinen Verjährung nicht. Aber die Zögerung wird sehr häufig den Erfolg haben, den Beklagten zu gefährden, durch Erschwerung seiner Vertheidigung. Die Beweise für seine Einwendungen (z. B. den einfachsten Fall, den Beweis der Zahlung) können ihm untergehen. Daher ist es billig, ihm ein Surrogat in der Einrede der Verjährung an die Hand zu geben. Allerdings braucht der Kläger nicht dolose die Klage aufgeschoben zu haben, aber es ist immer billig, daß er unter seiner Versäumung leide, nicht der Beklagte. Durch die Länge der Zeit wird jedem möglichen Anspruch auf billige Rücksicht für den Kläger genügt. Unter Umständen kann aber auch schon eine kurze Zeit durch ein solches Bedürfniß gerechtfertigt erscheinen.

Bedingungen der Klagverjährung.

§. 90.

Bedingungen der Klagverjährung sind: die Klage muß entstanden (Frage nach dem Anfang der Verjährung), sie muß versäumt worden (Fortsetzung der Verjährung), sie muß die gesetzte Zeit versäumt sein (Schluß der Verjährung).

2) Vergl. Note f, g des Lehrbuchs.
3) L. 1. §. 1. C. de annali exc. (7, 40).

Actioni nondum natae non currit praescriptio. Entstehung ist hier nicht in dem allgemeinen Sinn genommen, sondern in dem besonderen der Veranlassung. Dies folgt aus dem Begriff der Verjährung, eine Klage, die man nicht anzustellen unmittelbar veranlaßt war, hat man nicht versäumt anzustellen. Die actio ist nata, wenn die Verletzung von Seiten des Beklagten eingetreten ist, welche die Anstellung der Klage gegen ihn möglich macht. Die Anwendung ist in einigen Fällen streitig, oder irrig gemacht worden.

Bei dinglichen Klagen ist das Erforderniß der actio nata am klarsten. Denn vor der Verletzung ist noch gar kein Beklagter gegeben, also kann von einer Verjährung nicht die Rede sein. Niemand hat noch daran gedacht, meine Eigenthumsklage verjähren zu lassen, während ich meine Sache im Besitz habe. Aber ganz dasselbe ist der Fall, wenn ich die Sache durch einen Anderen besitze, einen natürlichen Besitzer, der meo nomine besitzt. Es ist Niemand vorhanden, gegen den ich die Klage anstellen könnte, also versäumte. Manche haben gedacht, eine Anstellung der Klage wäre möglich gegen diesen natürlichen Besitzer, z. B. den Pächter selbst. Aber so lange er im Namen des Eigenthümers besitzt, besitzt dieser durch ihn, kann also nicht klagen. Erst von der Zeit an, wo dieses Verhältniß sich ändert, entweder durch Aufgeben des Besitzes von Seiten des Eigenthümers, oder durch Thätigkeit des natürlichen Besitzers, ist die actio nata.

Bei persönlichen Klagen ist der Beklagte allerdings schon vor der Verletzung vorhanden. Dies hat Manche verleitet, die Verjährung schon mit der Existenz der Forderung anfangen zu lassen. Aber auch hier muß der Grundsatz der actio nata gelten. So lange Jemand Gläubiger ist ohne Verletzung der Forderung, ist die Klage nicht möglich und nicht versäumt. Nicht jeder Schuldner verletzt das Recht des Gläubigers schon dadurch, daß er es ist. Folgende Fälle sind hervorzuheben:

1) Ein Zahlungstermin schiebt die Klage und folglich auch den Anfang ihrer Verjährung auf. Erst mit dem Eintritt des Termins ist die actio nata, aber auch schon durch den Eintritt und die Verstreichung desselben, es ist nicht etwa mora, Interpellation des Schuldners, nöthig.

2) Dieselbe Natur hat eine Schuld auf Kündigung. Durch die Kündigung wird ein Zahlungstermin gesetzt; mit dessen Ver-

streichung beginnt die Verjährung, sei es unmittelbar nach der Kündigung oder mit einer dem Schuldner stipulirten Frist. Unrichtig ist die Meinung, daß die Verjährung schon mit dem Geben des Darlehens beginne. Sie beruht auf dem falschen Grundsatz, sobald es nur von dem Gläubiger abhänge, die Unterlassung der Zahlung zu einer rechtswidrigen zu machen, sei die Klage auch als nata zu betrachten. Dies ist eine reine Erfindung.[1] Es kann vielmehr nur auf die Frage ankommen: ist die Klage veranlaßt, nicht, wie wird die Veranlassung herbeigeführt. Sonst müßte auch bei dem bestimmten Zahlungstermin, welchen der Gläubiger setzt, dasselbe gelten, denn auch dieser hängt vom Gläubiger ab.

3) Ist keine bestimmte oder unbestimmte Zahlungszeit verabredet, so kann der Gläubiger sofort fordern, cedit et venit dies, daher beginnt auch sofort die Verjährung, es ist keine mora erforderlich. Das Entgegenstehen einer dilatorischen Einrede hindert den Anfang nicht, z. B. der exceptio excussionis oder exceptio non impleti contractus, ausgenommen natürlich, wenn sie auf einem vertragsmäßigen oder gesetzlichen Zahlungstermin beruht.

4) Eine Modification tritt ein bei einer verzinslichen Forderung, insofern dabei auf Dauer des Verhältnisses von beiden Seiten gerechnet ist. Abgesehen von diesem Fall kann die Verjährung beginnen, aber sie wird immer durch wirkliche Zinszahlung unterbrochen.[2]

5) Ueberhaupt wird der Anfang der Verjährung gehindert, wenn das obligatorische Verhältniß nach übereinstimmender Absicht der Parteien eine gewisse Dauer haben soll, sei es auch, daß der Gläubiger willkürlich diese Dauer aufheben kann, z. B. Depositum. Die Verjährung beginnt erst, wenn der Deponent die Rückgabe verlangt, und der Depositar sie unterlassen, oder eine

---

1) (Ihre neuesten Vertheidiger, z. B. v. Vangerow, Note 1 des Lehrbuchs a. E., berufen sich, von den unerfindlichen „inneren Gründen" abgesehen, auf L. 94. §. 1. D. de solut. (46, 3): sin autem communes nummos credam aut solvam, confestim pro parte mea nascetur et actio et liberatio, die gar nicht hierher gehört 1) weil Papinian weder die praescriptio XXX annorum, noch eine andere Klagverjährung bei der Darlehensklage im Sinn haben konnte, 2) weil der Gegensatz des Eintritts der Befreiung nur der Anfang der Verpflichtung, nicht der Klage sein kann. Aus beiden Gründen geht hervor, daß actio hier im Sinn von obligatio gebraucht ist. A. d. H.)

2) L. 7. §. 5., L. 8. §. 4. C. de pr. XXX ann. (7, 39), L. 5. C. de duob. reis (8, 40).

Handlung vorgenommen hat, welche eine Verletzung seiner Verbindlichkeit ex deposito ist.

Was den Beweis anlangt, so liegt dem Schuldner allerdings nur der Beweis des Zeitpunkts ob, wo die Forderung begründet worden ist. Der Fall ad 3 ist der zu vermuthende, weil alle anderen auf besonderer, ausdrücklicher oder stillschweigender Festsetzung beruhen. Behauptet der Gläubiger einen späteren Anfang der Verjährung wegen eines solchen besonderen Grundes, so muß er dieses Verhältniß, von welchem der spätere Anfang abhängt, beweisen. [3]

Noch ein besonderer Fall ist zu bemerken: die Anwendung der Verjährung auf terminweise Leistungen. [4] Zwei Fälle sind zu unterscheiden:

1) Diese Leistungen sind entweder Accessionen einer anderen Forderung, z. B. Zinsen von einem Darlehen; hier verjähren sie mit der Hauptklage, oder

2) sie sind die Hauptforderung selbst. Das Rentenvermächtniß besteht aus so viel Vermächtnissen, als Termine sind. Daher geht auf jedes derselben eine selbstständige Forderung, jede Klage verjährt für sich, ohne Einfluß auf die folgenden. Dasselbe gilt aber auch von einem Versprechen; obwohl Ein Versprechen und Eine Obligatio nur in mehrere Theile zerlegt ist, soll es doch wie mehrere in jener Rücksicht behandelt werden.

Die zweite Bedingung betrifft die Fortsetzung der Verjährung. Die Verjährung darf die ganze Zeit nicht unterbrochen gewesen sein, oder positiv ausgedrückt: der Kläger muß immer in dem Verhältniß gestanden haben, daß ihm Versäumniß zugeschrieben werden kann (Versäumniß überhaupt, nicht gerade verschuldetes). Eine Unterbrechung tritt ein, so wie die Veranlassung wegfällt, also bei Klagen gegen den Besitzer durch Veränderung des Besitzes. Doch gilt hier eine Modification bei Succession, accessio temporis [: wenn der neue Besitzer durch Succession an die Stelle des früheren kommt, z. B. durch Kauf, so wird die Ver-

3) (Der „offensichtliche innere Widerspruch" mit dem Grundsatz ad 2), welchen v. Vangerow, Leitfaden I. (1851) S. 252, in der im Text behaupteten Beweislast des Gläubigers gefunden zu haben glaubt, würde nur vorliegen, wenn es sich um ein Erforderniß, nicht um ein außerordentliches Hinderniß der Verjährung handelte. A. d. H.)

4) Vgl. L. 7. §. 6. C. de pr. XXX ann. (7. 39), L. 26. pr. C. de usur. (4, 32).

jährung nicht unterbrochen, sondern der neue Besitzer kann sich die Zeit seines Auctors zurechnen]. Bei persönlichen Klagen wird die Versäumniß dadurch unterbrochen, daß der Schuldner die Forderung anerkennt, z. B. durch Zinszahlung, durch Annahme eines Zahlungstermins, Ausstellung eines neuen Schuldscheins 2c. Die bloße Mahnung des Schuldners ist keine Unterbrechung der Klagverjährung (vielmehr ein Beweis der Fortsetzung der Verletzung). Ferner erfolgt eine Unterbrechung durch Anstellung der Klage, doch vorausgesetzt, daß sie dem Beklagten zur Beantwortung [und nicht bloß notitiae causa vom Richter] mitgetheilt ist. Wie, wenn die Verjährung zwischen Anstellung und Ladung abläuft? Richtige Ansicht: die Anstellung ist der unterbrechende Act, nur muß ihre Wirksamkeit durch die nachfolgende Ladung bekräftigt sein. Bei Abweisung der Klage a limine iudicii tritt keine Unterbrechung ein, ebenso bei Zurücknahme vor der Ladung. Auch ohne wirkliche Ladung tritt Unterbrechung ein, wenn diese wegen Abwesenheit des Beklagten 2c. nicht erfolgen kann. Dieselbe ist noch auf mehrfache Weise begünstigt und erleichtert:

1) Anstellung der persönlichen Klage unterbricht auch die Verjährung der hypothekarischen (gegen den Schuldner) und umgekehrt; 2) wenn der Kläger mehrere Klagen gegen dieselbe Person hat, und die Klage ist so allgemein gehalten, daß nicht eine Beschränkung auf eine einzelne bestimmte erhellt, so gilt sie als Unterbrechung für alle; 3) wenn das Gericht nicht angegangen werden kann, so soll im Nothfall die Interpellation bei einer anderen Behörde zu Protocoll gegeben oder am Wohnort des Beklagten vor drei Zeugen schriftlich gemacht werden können. Endlich soll 4) noch eine Unterbrechung herbeiführen die schriftliche Anbringung der Klage bei einem Schiedsrichter.

Das ältere Recht kannte keine Unterbrechung durch Klaganstellung, ihre Stelle vertrat die litis contestatio, welche die Klage perpetuirte. Dies ist ohne Bedeutung, wenn das Urtheil erfolgt, von Wichtigkeit aber, wenn der Proceß liegen bleibt.

Einige meinen, die Vorschrift des justinianischen Rechts beziehe sich nur auf die 30- und mehrjährige Verjährung, in Beziehung auf die actiones temporales sei es bei dem alten Recht geblieben.[5] Dagegen spricht: 1) daß die leichtere Unterbrechung

---

5) So z. B. auch v. Vangerow, Leitfaden für Pandektenvorlesungen §. 151.

doch vielmehr eher bei der kürzeren Verjährungszeit Bedürfniß, 2) daß überhaupt diese Unterscheidung eine Ungeschicklichkeit wäre, da sie das Recht ohne alle Noth verwickelte, 3) daß nun eben das Gesetz von jener Beschränkung kein Wort enthält. In einigen Pandektenstellen finden sich noch Anklänge des alten Rechts, wie so manchmal. Diese sind hier um so weniger von Relevanz als in der That die Litiscontestation noch von Bedeutung ist (s. nachher).

Die Unterbrechung bewirkt, daß der bisherige Zeitverlauf ohne Wirkung ist, die Verjährung muß ganz von vorn beginnen, wenn sie stattfinden soll. Dies ist der Unterschied der unterbrochenen von der ruhenden Verjährung. [Wenn nämlich im Laufe der Verjährung eine Zeit eintritt, wo die Bedingungen der Verjährung nicht stattfinden, so ruht die Verjährung in dieser Zwischenzeit, setzt sich aber hernach wieder fort, so daß nur bei der Berechnung der Dauer diese Zwischenzeit nicht mit in Anschlag gebracht wird.] (S. die Fälle unter 3) des Lehrbuchs a. E.)

Ist die Unterbrechung durch Klaganstellung geschehen und Litiscontestation erfolgt, so hat dies noch die besondere Wirkung, daß die neue Verjährung auf 40 Jahre seit dem letzten gerichtlichen Act gesetzt ist. Dies ist die Bedeutung jener Pandektenstellen für das justinianische Recht, welche noch von der Perpetuirung der Klage durch die Litiscontestation sprechen.

Die dritte Bedingung betrifft den Schluß der Verjährung, den Ablauf der Zeit von der actio nata bis zu dem Act, der außerdem Unterbrechung sein würde. (S. d. Lehrbuch.)

Von der bona fides.

Die bona fides des Beklagten kann kein Erforderniß, seine mala fides kann kein Hinderniß der Klagverjährung sein, wenn innere Gründe entscheiden. Denn der Grund der Klagverjährung ist eine Unterlassung des Klägers, nicht ein Zustand des Beklagten, also kann keine Qualification dieses Zustandes ein Erforderniß bilden. Dies gilt selbst von der Klage gegen den Besitzer, sein Besitz ist die Eigenschaft, die ihn zum Beklagten macht, aber die Verjährung gründet sich nicht darauf. So entscheidet auch das römische Recht und darin eben liegt der Unterschied zwischen Ersitzung und Klagverjährung bei dinglichen Klagen. Ohne diesen Unterschied würden beide nicht mehr zu trennen sein, jede Klagverjährung wäre Ersitzung, also keine Klagverjäh-

rung mehr. Es gehörte erst die Verwirrung beider Institute dazu, um zu dem Erforderniß der bona fides bei der Klagverjährung zu kommen. Die Legalisirung dieser unbeschreiblichen Verkehrtheit verdanken wir dem canonischen Recht.

Der Inhalt der Stellen des canonischen Rechtes[6] ist kurz folgender:

Ein Besitzer fremder Sachen, der sich auf Verjährung berufen will, muß durchaus in bona fide, und er muß darin die ganze Verjährungszeit hindurch gewesen sein. Dies bezieht sich zunächst auf die Usucapion, welche das canonische Recht auch schon unter praescriptio begreift, aber es soll sich sicher auch auf die Klagverjährung beziehen, die mit der Usucapion vermischt ist. Die Folge ist, daß es nach canonischem Recht keine Verjährung der Eigenthumsklage mehr giebt.

Verschiedene Meinungen:

1) bona fides bei jeder Klagverjährung. Diese Ansicht geht weit über den Ausdruck des canonischen Rechts hinaus, man könnte sie nur aus Liebe zum Absurden in Schutz nehmen, denn absurd ist sie, da sie die Klagverjährung überdies so gut als aufheben würde (theoretisch, abgesehen vom Beweis der mala fides);

2) bona fides bei der Klagverjährung, wobei der Beklagte im Besitz einer fremden Sache sei, nicht bloß bei dinglichen Klagen, sondern auch bei persönlichen, auch solchen, bei denen der Beklagte nicht durch den Besitz sich bestimmt, actio depositi, commodati. (S. die am Ende der Note aa des Lehrb. angeführten Schriftsteller.) Ich stehe nicht an, diese Meinung entschieden zu verwerfen. Das Erforderniß der bona fides ist nur denkbar als Qualität des Zustandes, welcher den Beklagten zum Beklagten macht, also auch des Besitzes nur unter derselben Voraussetzung; dies ist

---

6) C. 5. X. de praescr. (2, 26): —— nulla antiqua dierum possessio (iure divino) iuvat aliquem malae fidei possessorem, nisi resipuerit postquam se noverit aliena possidere, quum bonae fidei possessor dici non possit. Ephesinus enim legislator solum propter vitandam miserorum segnitiem et longi temporis errorem et confusionem primus tricennali vel quadragenali praescriptioni vigorem legis imposuit. Nobis autem tam in rebus cognitis quam latentibus placuit non habere vigorem (Alex. III.), c. ult. eod.: Quoniam omne quod non est ex fide, peccatum est, synodali iudicio diffinimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio tam canonica quam civilis, cum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet, ut qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae.

dort nicht der Fall: [der Depositar haftet nicht deshalb allein, weil er Besitzer ist]. Auch ist es unnöthig, da dem Kläger die Vindication zu Gebote steht;

3) bona fides bei allen Klagen gegen den Besitzer, dinglichen und persönlichen. Aber dies geht schon über die Worte des canonischen Rechts hinaus, possessor rei alienae. Nach jener Bestimmung würden auch eigene Sachen hierher gehören können, z. B. bei der actio hypothecaria gegen den [im Besitze der verpfändeten Sache befindlichen] Verpfänder;

4) bona fides bei der Eigenthumsklage. Dies läßt der Entscheidung des canonischen Rechts noch ihr volles Recht. Man soll den Eigenthümer nicht unter dem Vorwand der bloßen Klagverjährung mala fide um seine Sache bringen können. Diese Ansicht hat die Empfehlung, daß durch sie nicht die Monstrosität einer Klagverjährung mit bona fides entsteht, denn ihr Inhalt ist eben, es soll keine bloße Klagverjährung bei der Eigenthumsklage mehr stattfinden.[7]

5) Einige haben den Einfluß des canonischen Rechts auf die Klagverjährung ganz geläugnet, und es blos von der Usucapion verstehen wollen. Dies ist nicht zu rechtfertigen.

§. 91.

S. das Lehrbuch.

Wirkung der Klagverjährung.

§. 92.

1) Formelle Wirkung. Der Klage steht eine exceptio (praescriptio) temporis (nicht exceptio praescriptionis) entgegen. Die Folge davon bei der Eigenthumsklage ist, daß wenn dieselbe

---

7) (Eine äußere Unterstützung bietet die Entstehungsgeschichte der Bestimmungen des canonischen Rechts: Hildenbrand, Archiv für civ. Praxis XXXVI, 2. (1853). Der Streit zwischen der auf römisches Recht gegründeten Praxis c. 16. C. 16. qu. 3. und der auf den Ausspruch des Augustinus (opp. Venet. 1731. VI, 170): sicut in iure praediorum tamdiu quisque b. f. possessor rectissime dicitur quamdiu se possidere ignorat alienum, cum vero scierit nec ab aliena possessione recesserit, tunc malae fidei possessor perhibetur gestützten strengen Theorie, den jene Stellen entscheiden wollen, beschränkt sich auf die Wirkungen der mala fides superveniens bei der possessio rei alienae. Ueber die Verjährung persönlicher Klagen gegen den Besitzer war niemals gestritten worden. A. d. H.)

verjährt ist (ohne daß der Besitzer usucapirt hat), und die Sache an einen anderen Besitzer kommt, der nicht Successor des vorigen war, der Eigenthümer ungehindert klagen kann.

2) Materielle Wirkung. Ob das Recht untergeht oder nur die Klage, ist sehr controvers. Auf beiden Seiten sind eine beträchtliche Anzahl von Schriftstellern. S. Note ii des Lehrbuchs.

Rechte können auf verschiedene Weise geltend gemacht werden, durch Klage, Einrede ɩc. Vor Allem ist gewiß, daß die praescriptio temporis sich ihrem Begriff und Wesen nach auf diese Geltendmachung der Rechte bezieht, nicht auf die Rechte, abgesehen von ihrer gerichtlichen Geltendmachung. So z. B. ist sie unterschieden vom non usus [der sich auf die Rechte selbst und deren Dauer bezieht und namentlich bei den Servituten seinen Einfluß in dieser Weise äußert]. Die Frage ist also, auf welche Mittel der Geltendmachung wirkt die Klagverjährung? Wenn auf alle, so ist das Recht selbst dem Effect nach erloschen.

Die consequente Entscheidung ist, das (versäumte) Rechtsmittel geht unter, die Klage, nicht die übrigen denkbaren. Mithin bleibt das Recht nur seines hauptsächlichsten Mittels beraubt. Häufig wird dies praktisch so gut sein, wie wenn es selbst verloren wäre, aber es kann nicht selten wichtig werden, daß z. B. bei persönlichen Klagen naturalis obligatio bleibt, so für soluti retentio, Compensation, Pfand, Bürgen. Das Gegentheil würde den unstatthaften Satz enthalten, daß die Versäumung der Klage den Verlust der nicht versäumten Einrede nach sich ziehe, und dies würde überdem eine Verjährung der Einrede sein, die es nicht giebt.

Diese Ansicht, welche die Klagverjährung bloß auf die Klage wirken läßt, hat eine unbestreitbare Nothwendigkeit bei dinglichen Klagen, namentlich beim Eigenthum. Das Gegentheil würde die Folge haben, daß die Sache herrenlos würde, und nun doch dem Besitzer als Occupanten zufiele. Es wäre also eine Unterscheidung von Usucapion und Klagverjährung unmöglich gewesen. Ebenso wie beim Pfandrecht, bei den Servituten Untergang des Rechts durch libertatis usucapio, non usus durchaus unterschieden ist von der Klagverjährung. Dies wäre nicht möglich, wenn die Klagverjährung das Recht zerstörte. Daß bei dinglichen Klagen bloß die Klage aufgehoben wird, nicht das Recht, wird auch jetzt allgemein anerkannt.

Daß es anders sein sollte bei persönlichen Klagen, ist nicht einzusehen. In dem Charakter derselben liegt nichts, was diese Verschiedenheit von den dinglichen Klagen begründen könnte. Es wäre etwas ganz Willkührliches. Die Folge wäre aber auch, daß wir statt der Klagverjährung einen non usus (eine s. g. erlöschende Verjährung der Forderung) hätten, der Begriff der Klagverjährung würde verloren gehen. Die entgegengesetzte Meinung müßte so ausgedrückt werden: es giebt gar keine Klagverjährung, es giebt nur einen non usus der Forderung, dieser non usus besteht aber in der Versäumung der Klage. Um dies glaublich zu finden, müßte es durch ganz unzweideutige Stellen des geschriebenen Rechts ausgesprochen sein. Dann müßten wir sagen: es ist zwar eine Absurdität, aber es ist einmal so geschrieben.

Aber es ist vielmehr das Gegentheil im geschriebenen Recht aufs Entschiedenste gesagt. Wenn mit der Forderung ein Pfandrecht verbunden ist, so kann dieses nicht länger dauern als die Forderung, der Untergang der Forderung hebt das Pfandrecht auf. Würde die Verjährung der persönlichen Klage die Forderung selbst zerstören, so müßte auch das Pfandrecht dadurch erloschen sein, also auch die hypothekarische Klage. Nun wird aber für die hypothekarische Klage eine eigene Verjährung festgesetzt, vermöge deren sie länger dauern kann, als die persönliche. Dies wäre unmöglich, wenn nicht eine naturalis obligatio zurückbliebe. — Deswegen hat man hier eine Ausnahme gemacht, quoad pignus bleibe eine naturalis obligatio.

Fragt man aber nach den Gründen für jene in sich ungegründete Ansicht, die man nur durch lauter zugegebene Ausnahmen aufrecht zu erhalten weiß, so sind es einige Stellen, die von einem debitor tempore liberatus sprechen.[1]

Das Resultat ist:

1) Die Meinung, daß die Klagverjährung das Recht zerstöre, ist eine Inconsequenz,

2) sie ist sogar mit der Existenz der Klagverjährung unverträglich [indem es dann nur einen non usus geben würde, von dem sie sich dann nicht unterschiede],

3) sie ist unmöglich bei dinglichen Klagen,

---

1) Die ausführliche Exegese dieser Stellen: L. 37. D. de fideiuss. (46, 1), L. 18. §. 1. D. de pec. const. (13, 5) s. Beilage VI.

4) sie ist für persönliche Klagen nicht anwendbar in Beziehung auf die Pfandrechtsfrage,

5) sie hat auch keinen einzigen haltbaren äußeren Grund für sich.

Von den Einreden.

Begriff.

§. 93.

Es giebt Rechtsmittel, die insofern keinen selbstständigen Charakter haben, als sie Vertheidigungen sind, also einen Angriff voraussetzen. Dies sind die Exceptionen, Vertheidigung des Beklagten gegen die Klage, Repliken, Vertheidigung des Klägers gegen die Exceptionen, Dupliken, Tripliken 2c. Aber nicht alle Vertheidigungen sind Exceptionen 2c. Auch hier ist die materielle und die processualische Bedeutung zu unterscheiden.

Die processualische Bedeutung der Exceptionen 2c. war im älteren römischen Recht eine sehr bestimmte, die Vertheidigung des Beklagten, welche in die Formel gesetzt werden mußte, damit der Richter sie berücksichtigte. Dies geschah in der Form einer Ausnahme von der Condemnation, daher der Name exceptio.[1]

Für den heutigen Proceß ist der Begriff der processualischen Exceptio einer der allerbestrittensten Punkte. Viele helfen sich damit: Exceptio sei jede Vertheidigung, die der Beklagte beweisen muß. Das ist Angabe einer Wirkung, kein Begriff. Man kann sagen: jede Vertheidigung, wodurch der Beklagte der factischen Begründung der Klage ein anderes Factum entgegenstellt, welches jene zwar nicht unwahr macht, aber entkräftet, ist Exceptio im processualischen Sinn.

Das Verhältniß dieses zu dem materiellen Begriff ist: nach römischem Recht gab es keine processualische Exceptio, die es nicht auch materiell gewesen wäre, dagegen letztere, die nicht ersteres waren. Nach heutigem Proceß giebt es materielle Exceptionen, die keine processualischen, und processualische, welche keine materiellen sind.

Materieller oder civilrechtlicher Begriff.

Drei Vertheidigungsmittel des Beklagten giebt es:

---

1) Puchta, Cursus der Institutionen, II. §. 170.

1) Reine Negation, Läugnen des Anspruchs des Klägers schlechtweg (sei es des factischen oder des rechtlichen Grundes wegen).

2) Qualificirte Negation, Läugnen des jetzigen Daseins desselben, Behauptung der Aufhebung. Also gemischt mit einer Thatsache, die aber die Wirkung hat, das Recht ipso iure aufzuheben, z. B. Usucapion, Solutio. Gemein hat sie mit der wahren Exceptio, daß den Beklagten der Beweis trifft, daher sie die neueren Processualisten zu den Exceptionen zählen, so die exceptio usucapionis, denn ich läugne nicht die factische Begründung, z. B. Erwerbsart des Klägers. Nicht so die Römer, auch im processualischen Sinn ist sie keine Exceptio nach römischem Recht.

3) Exceptio, Vertheidigung, welche in der Entgegensetzung eines Rechts besteht, das die Wirkung der Klage hindert. Dies Exceptionsrecht ist die Exceptio im materiellen Sinn. Das Recht des Klägers wird nicht als nicht existent behauptet, aber als unwirksam wegen des Hindernisses, das ihm die Exceptio entgegenstellt. Die Exceptio steht entweder 1) dem Recht selbst, also jeder Geltendmachung entgegen, was bei den meisten der Fall ist, z. B. exceptio S. C. Velleiani, exceptio metus, doli etc., oder 2) nur der Klage, z. B. exceptio temporis, exceptio S. C. Macedoniani, oder 3) nur der jetzigen Anstellung der Klage, z. B. pactum ne intra certum tempus petatur.

Schon nach römischem Recht wurden nicht alle diese Exceptionen als processualische behandelt, so namentlich die exceptio doli in bonae fidei iudiciis. Die heutigen Processualisten schließen die aus, die nicht auf einem selbstständigen Factum beruhen, z. B. exceptio S. C. Velleiani, Macedoniani.

Für das Civilrecht müssen wir an dem materiellen Begriff der Exceptio festhalten; ebenso ist der Begriff der replicatio ꝛc. zu fassen.

Arten der Exceptio.

§. 94.

Die exceptio doli ist 1) specialis, doli praeteriti, 2) generalis, doli praesentis. Die meisten Einreden außer denen, die einen processualischen Grund haben, lassen sich so ausdrücken: Der Kläger handelt dolose, dies zu fordern (eben weil ihm die

Exceptio entgegensteht): si in ea re nihil dolo malo actoris fiat. Nur nicht die, welche auf rein positiven Rechtsvorschriften beruhen, wo man nicht sagen kann, die allgemeine Gerechtigkeit fordert, daß der Beklagte frei sei. Im römischen Recht hatte dies die praktisch wichtige Folge, daß eine solche bei bonae fidei judicia nicht in die Formel gesetzt zu werden brauchte.

Ein Fall ist auch das s. g. Retentionsrecht. Der Beklagte hat die exceptio doli wegen Gegenforderungen, wenn diese entweder mit der Forderung oder mit der Sache connex sind, z. B. Gegenforderung aus demselben Contract wegen Verwendungen auf die eingeklagte Sache. Die Wirkung ist, er kann die Leistung so lange retiniren, bis die Exceptio beseitigt wird. Deshalb hat man diese Exceptio Retentionsrecht genannt (nicht sehr bezeichnend, denn dies ist bei jeder Exceptio der Fall). Früher hat man das Retentionsrecht oftmals als Selbsthülfe dargestellt (z. B. noch Mühlenbruch),[1] eine Meinung, die blos aus dem unächten und unpassenden Namen entstanden ist. Eine Exceptio kann keine Selbsthülfe sein, und auch nicht das Zurückhalten der Leistung, das damit verbunden ist. Sonst müßte jeder Schuldner, der nicht zahlt, sich im Zustand der Selbsthülfe befinden. Daraus ist die Meinung entstanden, es sei so viel als möglich zu beschränken auf die Fälle, wo es im geschriebenen Recht erwähnt ist. Dies ist ganz unrichtig, davon hat man sich gegenwärtig allgemein überzeugt. Endlich hat man es fälschlich für einen Ausfluß des Besitzes angesehen. Der Besitz ist nur das Mittel der Ausübung, aber man kann nicht bloß eine besessene Sache retiniren, sondern auch andere Leistungen. Wegen jenes Irrthums hat man beim Retentionsrecht von den Erfordernissen des Besitzes gesprochen, die es habe, was durchaus unrichtig ist. Fehler des Besitzes können das Retentionsrecht unwirksam machen, insofern der Kläger die possessorischen Interdicte hat, denen natürlich die exceptio doli gegen das Recht nicht entgegensteht; aber darum ist diese Fehlerlosigkeit nicht ein Erforderniß des Retentionsrechts selbst. Alle diese Irrthümer sind durch den falschen Namen Retentionsrecht veranlaßt worden.

Eine Einrede kann einen individuellen Grund haben, in einer persönlichen Eigenschaft des Beklagten, exceptiones personae cohaerentes. Diese gehen nicht über auf diejenigen, welche

---

1) Mühlenbruch Lehrbuch §. 135.

in das Beklagtenverhältniß eintreten als Successoren oder sonst, z. B. Competenz der Soldaten, pactum ne a me petatur. Dies ist jedoch die Ausnahme, die Regel ist: keine solche individuelle Beziehung, in rem in diesem Sinn, exceptiones rei cohaerentes.

In rem heißen Einreden auch mit Rücksicht auf die Gleichgültigkeit der Person des Klägers: gegen jeden Kläger, der das in Frage stehende Rechtsverhältniß geltend macht, z. B. die exceptio metus. In personam, einer bestimmten Person entgegenstehend, z. B. Competenz der Eltern gegen die Kinder. Bei der exceptio doli (si in ea re nihil dolo malo actoris factum est) ist Grundsatz, daß sie dem Successor nicht schadet (z. B. der Verkäufer hatte den Besitzer dolose vermocht, sein Eigenthum aufzugeben) mit Ausnahme der successio ex lucrativa causa. Dem Repräsentanten des in dolo Befindlichen schadet sie; aber auch dem, der aus der Person seines Auctors besondere Vortheile geltend macht, z. B. Accessionen der Klage, accessio temporis.

Den Begriff der exceptiones peremtoriae, dilatoriae s. im Lehrbuch.

Eine besondere Art der dilatorischen Einreden ist die exceptio, quod praeiudicium non fiat. Sie gründet sich darauf, daß die Entscheidung des gegenwärtigen Processes von der Entscheidung einer anderen Frage abhänge, die nicht Bestandtheil der gegenwärtigen sein könne, sondern einen anderen Proceß bilde. Die Behauptung des Beklagten ist also: daß zwei Processe existiren, von denen einer das praeiudicium des anderen sei; also der Kläger wolle mit Unrecht den gegenwärtigen zum praeiudicium des anderen machen, z. B. Theilungsklage — Eigenthumsklage, Servitutenklage — Eigenthumsklage. Die L. 12. D. de except.[2] sagt: der jetzige Kläger muß auch im praeiudicium als Kläger auftreten, d. h. derjenige, dessen jetzige intentio von der dem praeiudicium zu Grunde liegenden abhängt. Der Excipient könnte als Provocant des praeiudicium Kläger in diesem scheinen; dies soll nicht so sein.

2) L. 12. D. de except. (44, 1): Generaliter in praeiudiciis is actoris partes sustinet, qui habet intentionem secundum id quod intendit. Vergl. noch Beilage VII. (Der Satz hängt mit der exceptio ne praeiudicium fiat nicht zusammen. Er gilt auch 1) wenn der Anspruch des Klägers, dem durch das praeiudicium Bahn gebrochen werden soll, kein iudicium ist, z. B. in ius vocatio, 2) wenn der in Anspruch Genommene nicht als Excipient gegen das iudicium, sondern als Provocant im praeiudicium auftritt. A. d. H.)

Aufhebung.

§. 95.

Concurrenz als Aufhebungsgrund der Einreden ist nicht denkbar. Was bei Klagen durch diesen Grundsatz verhütet werden soll (daß nicht mehrmals dasselbe eingeklagt werde), dies wird hier schon natürlich ausgeschlossen. Alle Einreden haben denselben Zweck, Abweisung der Klage. Alle Einreden concurriren im Object. Aber es ist eine natürliche Nothwendigkeit, daß dieses Object nur einmal erreicht werden kann. Also hätte ein Rechtssatz, der dies ausschließen wollte, keinen Sinn. Dagegen ist die Verbindung mehrerer Einreden gegen die Klage unbeschränkt. Mehrere widersprechende sind neben einander möglich, ebenso Negationen und Einreden (eventuell). Vergl. Note a[1] des Lehrb. Hier heißt: nisi lex impedit, wahrscheinlich ein Zusatz der Compilatoren,[2] den Fall, wo das Läugnen der Exceptionen verlustig macht, ausgenommen.

Es ist keine Verjährung möglich, denn vor Anstellung der Klage kann die Einrede nicht versäumt werden, ihr Gebrauch ist nicht von der Willkühr des Berechtigten abhängig. Wenn daher für die Exceptio eine Zeit gesetzt ist (exceptio non numeratae pecuniae), so gelten davon nicht die Grundsätze der Verjährung.

Viele wollten eine Ausnahme machen, wenn es sich darum handle, daß ein Recht mit Klage und Einrede geltend zu machen sei, z. B. actio redhibitoria und exceptio gegen die actio venditi. Dazu ist jedoch nicht der mindeste Grund. Man hat für jene Ansicht angeführt, hier habe der Berechtigte doch die Geltendmachung versäumt. Dies würde nur Grund haben, wenn Versäumniß als eine Art Delict mit dem Verlust des Rechts bestraft würde.

---

1) L. 43. D. de R. J. (50, 17): Nemo ex his, qui negant se debere, prohibetur etiam alia defensione uti, nisi lex impedit.

2) (Daß der Zusatz schon von Ulpian herrührt, beweist die lex aquilia: wenn der Beklagte die Thäterschaft läugnet, so verliert er alle Exceptionen, weil er sonst durch deren Beweis der Strafe des Doppelten entgehen könnte. Ferner L. 10. §. 1. D. de fideiuss. (46, 1). Erst L. 16. pr. C. de fide instr. (4, 21), Nov. 18. c. 8. sind neueren Ursprungs. Rudorff, Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. Bd. XIV. S. 471. A. d. H.)

Einfluß des Verfahrens auf die Rechte.

Litiscontestation.

§. 96.

Lis contestata oder iudicium acceptum bezeichnet den Zeitpunkt der Entstehung des Proceßverhältnisses zwischen Kläger und Beklagten (Streitbefestigung).

Im älteren römischen Recht bezog sich der Begriff bloß auf den ordo iudiciorum privatorum, [das ordentliche Verfahren, in welches sich Magistrat und Iuder theilten, während im iudicium extraordinarium, das der Magistratus allein hatte, keine Litiscontestation vorkam]. Litiscontestation war die Vollendung des Verfahrens in iure, als Begründung des Verfahrens in iudicio.

Nach justinianischem Recht ist Lis contestirt, wenn der Beklagte die Klage vernommen, und sich vor dem Richter darüber erklärt hat, vorausgesetzt, daß er die Klage übernimmt, also nicht entweder die Eigenschaft des Beklagten ablehnt, oder den Anspruch sofort einräumt. Nach heutigem Recht ebenso; Litiscontestation ist: Erste Vernehmlassung des Beklagten auf die Klage, die und sofern sie eine Uebernahme derselben, eine Einlassung auf sie enthält.

Mit der Litiscontestation entsteht daher auch der Einfluß, den der Proceß auf die darin befangenen Rechte äußert. Dieser Einfluß besteht zum Theil aus zufälligen Wirkungen, z. B. Veräußerungsverbot, vierzigjährige Verjährung 2c., zum Theil aus wesentlichen, d. h. solchen, die aus dem Begriff und der Bedeutung des Processes mit Nothwendigkeit folgen (auch die zufälligen lassen sich auf den Charakter des Processes zurückführen, nur nicht mit gleicher Nothwendigkeit). Diesen letzteren liegt folgendes Princip zu Grunde. Der Proceß hat die Aufgabe, einen Rechtsstreit zu entscheiden, und durch seinen Erfolg einen sicheren Rechtszustand an die Stelle der bisherigen Ungewißheit und Bestrittenheit zu setzen. Die Parteien verpflichten sich daher, die res in iudicium deducta von dem Ausgang des Processes abhängig zu machen, also das künftige Urtheil anzuerkennen, aber auch dem Eintritt dieser Entscheidung nicht entgegenzuwirken, sie zu erwarten, und daher von einer anderen Geltendmachung der Rechte

abzustehen. Ist die Entscheidung schon erfolgt, so gründet sich dieses letztere unmittelbar auf das Urtheil; daraus steht dem, welcher die Sache nochmals zur richterlichen Entscheidung bringen wollte, die exceptio rei iudicatae entgegen. Vor der Entscheidung aber gründet sich diese Verpflichtung auf die Litiscontestation (dies ist die exceptio rei in iudicium deductae), im justinianischen Recht nicht mehr, wohl aber im heutigen (Einrede der Litispendenz).

S. die einzelnen Wirkungen im Lehrbuch. Bei einigen der Zufälligen entscheidet schon das Communicativdecret, s. Note e, h, q daselbst.

Beweis.

§. 97. 98.

Die richterliche Entscheidung beruht auf drei Momenten, 1) Kenntniß des Rechts, 2) Kenntniß der Thatsachen, 3) Anwendung des Rechts auf die Thatsachen, Subsumtion dieser unter die Rechtssätze. Das dritte Moment ist der unmittelbar die Entscheidung gebende Act, die ersteren sind die Prämissen dazu.

Die Thätigkeit unter 3) ist keine an sich in äußere Erscheinung fallende, also auch keinen Proceßregeln und Formen unterworfen. Dies ist nur bei ihrem Resultat, der Entscheidung selbst (Urtheil) der Fall, die unmittelbar dadurch gegeben ist, worin sie erst ihren Körper erhält.

Ebenso ist regelmäßig das erste Moment keine processualische Thätigkeit, s. noch §. 109.

Es bleibt also hier noch übrig das zweite Moment, die Kenntniß der Thatsachen.

Die Thatsachen, von deren Existenz die Entscheidung abhängt, müssen in der durch das Proceßrecht vorgeschriebenen Art und Weise zur Kenntniß des Richters gebracht werden. Darin liegt zweierlei:

1) Sie müssen von den Parteien allegirt werden. Als Regel gilt der Grundsatz: quod non est in actis, non est in mundo (dies gilt nicht bloß von „Acten", sondern vom mündlichen agere so gut, als vom schriftlichen). Dies ist eine rein processualische Frage..

2) Sie müssen bewiesen, d. h. dem Richter muß die Gewißheit ihrer Existenz verschafft werden. Der Beweis ist eine der wichtigsten Thätigkeiten der Parteien im Proceß. Dieser Punkt ist theils eine rein processualische, theils eine civilrechtliche Frage.

Die juristische Gewißheit ist nicht nothwendig eine natürliche (eine solche, welche die Möglichkeit des Gegentheils schlechthin ausschließt). Eine solche kann nicht zur Begründung des Urtheils gefordert werden, weil sonst in den meisten Fällen die Entscheidung unmöglich wäre, ein non liquet aber dem Wesen des Civilprocesses zuwider sein würde. Es gilt vielmehr die Vorschrift: wenn eine Thatsache von dem, der sie zu beweisen hatte, nicht bewiesen worden ist, so hat der Richter ihre Nichtexistenz als wahr anzunehmen, und demgemäß zu entscheiden. Dies könnte nicht geschehen, wenn eine materielle Wahrheit gefordert würde, wenn der Richter sich nur dann für überzeugt halten dürfte, wenn das Gegentheil unmöglich wäre. Die juristische Wahrheit ist eine formelle, deren Annahme auf juristischen Regeln beruht, welche zwar so eingerichtet sein müssen, daß sie die materielle als möglichst nahe zu berührendes Ziel erkennen, aber die doch die Erreichung desselben nicht garantiren können. Daraus folgt [eine wichtige Consequenz, nämlich] daß ein Beweis [selbst ein vollständig geführter] den Gegenbeweis nicht ausschließt. [Wenn nun beide geführt sind, so hebt der] Gegenbeweis den Beweis auf, [sie paralysiren sich und stellen die Thatsache als unbewiesen hin].

Processualische Fragen bei dem Beweis sind: in welchen Formen und durch welche Mittel wird der Beweis geführt. Von den Beweisgründen ist eine Uebersicht gegeben im §. 98 des Lehrbuchs.

Civilrechtliche Fragen sind: was ist zu beweisen und wer hat zu beweisen.

1) Gegenstand des Beweises sind nur relevante, ungewisse Thatsachen (nicht Rechtssätze). Der Begriff der Notorietät ist kein absoluter, aber er bezieht sich auf alle bei dem Proceß wesentlich thätigen Personen, Richter und Parteien. Notorisch ist eine Thatsache von der Beschaffenheit, daß ihre Nichtkenntniß von Seiten des Richters und der beiden Parteien, allgemein menschlichen Verstand bei ihnen vorausgesetzt, unmöglich ist. Eine Bestreitung wäre nur als Chikane denkbar und wird darum nicht zugelassen.

Praesumtio iuris et de iure [heißt die Rechtsvorschrift, welche die Bestreitung einer Thatsache oder gewisse Behauptungen unter gewissen Umständen für unzulässig erklärt] z. B. das nach Ablauf von 10 Monaten nach aufgehobener Ehe geborene Kind ist kein eheliches, [und die Behauptung seiner ehelichen Zeugung ist unzulässig]; ferner Consens zu einem Rechtsgeschäft bei dem man irgendwie mitwirkt [wenn Jemand bei einem Rechtsgeschäfte mitwirkt, so wird er angesehen, als consentire er in dasselbe, und ist es ihm nicht gestattet, nun noch seinen Consens zu bestreiten]. Da diese Thatsachen gar nicht in den Bereich des Beweises fallen, so ist auch kein Gegenbeweis denkbar.

2) Von der Beweislast.

Das onus probandi ist eine der wichtigsten Fragen, weil davon sehr häufig der Ausgang des Processes abhängt. Bei den allermeisten Processen sind nicht die Rechtssätze, sondern die Thatsachen bestritten, und der Beweis der relevanten Thatsachen kann zuweilen so schwierig oder wegen Mangels an Beweismitteln so unsicher sein, daß vielleicht mit der Entscheidung über die Beweislast in der That schon so gut als über die Sache selbst entschieden ist.

Grundsätze:

a) jede Partei muß die Thatsachen beweisen, auf die sich ihr Anspruch gründet, wenn sie ihr bestritten werden, gleichviel ob der Anspruch auf Verurtheilung des Gegners oder auf Absolution geht. Dies gilt von dem Kläger in Beziehung auf den Grund seiner Klage, von dem Beklagten in Beziehung auf die Exceptionen und qualificirten Negationen. Ob die Thatsachen positive oder negative sind, davon hängt zunächst nichts ab, z. B. condictio indebiti. Daher ist die Regel: affirmanti incumbit probatio nicht richtig. In der Stelle Note g des Lehrb. L. 2. D. de probat. (22, 3): Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat — wird die Beweislast nicht auf das Bejahen oder Verneinen gestellt, sondern auf die Behauptung im materiellen Sinn (Erhebung eines Anspruchs). Auf die Form kommt es nicht an, denn diese ist großentheils willkührlich, z. B. ein minor will in integrum restitutio, ob er sagt ich bin minor, oder ich bin nicht maior, ist ganz gleich.

Manche haben die Beweislast auf die geringere Wahrscheinlichkeit stellen wollen. Das würde heißen: wer sonst beweisen

müßte, der könne auch nur bescheinigen, wahrscheinlich machen, dadurch wälze er die Beweislast auf den Gegner. Daraus ergiebt sich die Unrichtigkeit der Ansicht. Ferner ist diese Wirkung ausdrücklich nur gewissen Wahrscheinlichkeiten zuerkannt (s. nachher), darin liegt der Beweis, daß es nicht die Wirkung einer jeden sein kann. Also um jemanden von der Beweislast zu befreien, muß zusammentreffen, 1) eine Wahrscheinlichkeit, 2) ein Rechtssatz, der ihr diese Wirkung beilegt (sei es ein geschriebener oder ein ungeschriebener).

b) Es giebt eine natürliche Reihenfolge der Parteien. Zuerst trifft die Beweislast den Kläger, dessen Anspruch die Grundlage des ganzen Processes ist, und der eine Veränderung des gegenwärtigen Zustandes will. Beweist er nicht (gar nicht, oder wird sein Beweis durch Gegenbeweis entkräftet), so wird er abgewiesen, wenn gleich auch der Beklagte nichts bewiesen hat.[1] Der Beweis ist daher ein onus petitoris und commodum possessoris. Petitoris partes sustinere heißt soviel als das streitige Recht, welches den Gegenstand des Processes ausmacht, beweisen müssen. Hat aber der Kläger nichts zu beweisen, oder hat er bewiesen, so trifft nun den Beklagten die Beweislast in Beziehung auf die Thatsachen, durch die er von der Klage befreit zu sein behauptet. Diese Grundsätze können nicht Anwendung finden auf iudicia duplicia. Für den Fall der Gleichheit des Beweises ist entweder durch besondere rechtliche Vorschriften gesorgt (gleiche Behandlung beider Parteien in Beziehung auf die Beweislast und deshalb Theilung des streitigen Gegenstandes, so bei den Theilungsklagen), oder der factische Besitz entscheidet, so bei den interdicta retinendae possessionis.

c) Es ist zum Theil nothwendig, zum Theil gerecht, den Beweis gewisser Thatsachen nicht zu fordern, sondern vielmehr dem das Gegentheil Behauptenden den Beweis zuzuerkennen, also die Sache so zu behandeln, wie wenn dieser den Anspruch gemacht, jener widersprochen hätte. Der technische Ausdruck ist: für gewisse Thatsachen streitet eine rechtliche Vermuthung, praesumtio iuris (wohl zu unterscheiden von der nicht zur Frage von der Beweislast gehörigen praesumtio iuris et de iure, s. oben, und den praesumtiones hominis s. facti; diese sind nicht Be-

1) (L. 4. C. de edendo (2, 1). A. d. H.)

freiungen vom Beweis, sondern unterstützende Gründe des zu führenden Beweises.)

Zu den einzelnen im Lehrbuch angeführten Fällen der praesumtio iuris ist Folgendes zu bemerken:

Fortdauer des Zustandes. Dies ist nothwendig für den Beweis der Rechte, weil dieser sonst gar nicht geführt werden könnte. Etwas anderes ist ununterbrochene Fortdauer, namentlich eines factischen Zustandes. Auch diese wird vermuthet bei einem an sich dauernden Zustande (z. B. Besitz einer Sache). Nicht bei der in einzelnen Acten bestehenden Ausübung eines Rechts [z. B. der Wegegerechtigkeit]. Hier muß die unablässige Ausübung durch Beweis einzelner Handlungen in der Mitte des Zeitraums wahrscheinlich gemacht werden.

Geschäftserfordernisse. Vermuthet wird hier die Handlungsfähigkeit, die Mangellosigkeit der gebrauchten Form. Die Beobachtung dieser selbst muß bewiesen werden.

Controverse über den Beweis der Bedingung: Wer die Aufhebung eines Verhältnisses durch eine Resolutivbedingung behauptet, muß im Fall der Bestreitung die Beifügung der Bedingung und die Existenz derselben beweisen. Aber bestritten ist der Fall einer Suspensivbedingung. Muß der auf ein Geschäft sich Berufende die Unbedingtheit beweisen? Hasse[2] bejaht diese Frage, denn wer sich auf ein Geschäft berufe, behaupte entweder, daß es pure abgeschlossen oder daß die Bedingung erfüllt sei. So wie er das letzte beweisen müsse, wenn die Bedingung feststehe, so auch das erste. Es ist ein Fehlschluß: daß etwas bewiesen werden müsse, weil es in einer Behauptung liegt.

Die entgegengesetzte Meinung, welche dem Gegner den Beweis der Bedingung auferlegt, ist die herrschende, sie wird aber gewöhnlich auf falsche Gründe gestützt (das Gefühl ist überhaupt häufig richtiger als die Theorie), auch selbst noch von Hollweg.[3] Manche sagen, die unbedingten Geschäfte seien die gewöhnlicheren und daher die wahrscheinlicheren; der die Bedingung Behauptende affirmire, der andere negire. Besser wäre zu sagen, jener behaupte eine Wiederaufhebung, nur eine coincidirende, von der in Beziehung auf den Beweis gelten müsse, was von einer anderen Aufhebung gilt. Der eigentliche Grund ist: die Frage fällt unter

2) Hasse, Rhein. Museum III. S. 134 ff.
3) Bethmann-Hollweg, Versuche S. 354 f.

die für den Beweis von Rechtsgeschäften geltende praesumtio iuris. Der Allegant hat seinem onus probandi genügt, wenn er die das Rechtsgeschäft bildenden Thatsachen bewiesen hat, Form und Inhalt, so weit er sich darauf beruft. Die Behauptung der Suspensivbedingung ist die Behauptung eines besonderen Mangels, welchen der ihn Behauptende beweisen muß. — Auf die Frage der Erfüllung bezieht sich diese Controverse nicht, dieser Punkt ist unbestritten.

[Die praesumtio bonae fidei bei Rechtsgeschäften ist eine praesumtio iuris; wer also das Gegentheil behauptet, muß dieses beweisen].

Urtheil.

§. 99.

Richterliche Erkenntnisse, decreta im allgemeinen Sinn, sind Verfügungen der Gerichte an die ihrer Jurisdiction unterworfenen Personen. Auf einseitigen Anruf erlassene heißen decreta im eigentlichen Sinn (z. B. Communicativdecrete). Auf zweiseitige Verhandlungen und Gehör beider Parteien erlassene heißen Decisiverkenntnisse, Urtheile, Sentenzen. Solche sind die, wodurch der Rechtsstreit entschieden wird, entweder ganz (Definitivsentenz, Endurtheil), oder in einem vorbereitenden Zwischenpunkte (Zwischenurtheil, sententia interlocutoria). Hier von der Sentenz, insonderheit Definitivsentenz.

Processualisch ist die Lehre von den Erfordernissen des Urtheils, namentlich zur Gültigkeit und zur Rechtskraft (wenn kein ordentliches Rechtsmittel dagegen zulässig ist).

Civilrechtlich ist die Lehre von der Wirkung. Die Wirkung eines gültigen und rechtskräftigen Urtheils drückt das Wort res iudicata aus, richterliche Beendigung des Rechtsstreits.

1) Das Urtheil, als Urtheil, abgesehen von seinem Inhalt, hat, wenn das streitige Rechtsverhältniß eine Obligatio ist, die Wirkung der Novation, es hebt die bisherige Obligatio auf, das condemnatorische setzt überdies eine neue an ihre Stelle. Dies ist die Wirkung des Processes überhaupt, also schon der Litiscontestation, das Urtheil bekräftigt sie, s. darüber unten §. 292.

2) Wirkung des Inhalts. Das was das Urtheil über die Rechtsverhältnisse der Parteien (nämlich die in iudicium deducirten) aussagt, gilt als wahr (hat formelle Wahrheit), da es von

keiner Partei wieder bestritten werden darf. Dies folgt nothwendig aus dem Begriff einer Sentenz, die wenn nicht diese, sonst gar keine Wirkung hätte. Aber diese Wirkung erstreckt das Urtheil natürlich nur auf die Parteien und ihre Successoren, res iudicata pro veritate accipitur inter partes (daher kann ein Urtheil niemanden zum Eigenthümer machen, denn Eigenthum bloß gegenüber einer gewissen Person wäre widersinnig). Nur in einigen wenigen Fällen ist dem Urtheil eine weitere Wirkung gegeben, vorausgesetzt, daß es auf ernstliche Verfechtung der Sache von beiden Parteien ergangen ist (also keine Collusion oder Contumaz[1] stattgefunden hat): ius facit (hat es die Wirkung eines Rechtssatzes). S. die Fälle Note c des Lehrbuchs.

Jene formelle Wahrheit giebt einem condemnatorischen Urtheil die Wirkung, eine Obligatio des Condemnirten hervorzubringen, obligatio iudicati. Bei dieser kommt es nur auf Gültigkeit und Rechtskraft der Sentenz an; die Sentenz selbst ist, mag bisher eine Obligatio existirt haben oder nicht, eine nova causa obligationis, Gegenstand der Execution. Bei Condemnation auf eine persönliche Klage hat der Schuldner eine Frist von vier Monaten, nach deren Ablauf erst die actio iudicati stattfindet. Doch kann der Richter in sehr dringenden Fällen sie verkürzen, so namentlich bei Alimenten. Bei dinglichen Klagen auf Restitution einer Sache ist an sich keine Frist bestimmt; nur in dem Falle wird eine Ausnahme gemacht, wo sofortige Restitution unmöglich ist; dann aber muß der Schuldner Caution durch Bürgen stellen [daß er restituiren wolle, sobald es geschehen könne].[2]

Was ferner durch rechtskräftige Sentenz entschieden ist, das kann nicht einer neuen Untersuchung unterstellt werden (abgesehen von dem Fall einer zulässigen in integrum restitutio). Res iudicata ist finis controversiarum. Diese Wirkung der Sentenz wird geltend gemacht durch die exceptio rei iudicatae. Sie steht jeder Partei zu, für welche in dem Urtheil etwas ausgesprochen ist, wogegen der jetzt erhobene Anspruch streitet. So dem Beklagten, der absolvirt worden ist, wenn der Kläger das ihm ab-

---

1) (Nicht Collusion oder Connivenz, wie Parbs a. a. O. S. 33. verschlimmbessert. Dies käme beinahe auf eine Tautologie hinaus. S. L. 14. §. 1. D. de app. (49, 1), L. 50. §. 1. D. de leg. I. (30), L. 17. §. 1. D. de inoff. test. (5, 2). A. d. H.)

2) (Daher die Bezeichnung in L. 6. §. 2. D. de confess. (42, 2) actiones, ex quibus dies datur ad restituendam rem. A. d. H.)

gesprochene Recht wieder geltend machen will, aber auch dem damaligen Kläger, wenn er von einer exceptio des Beklagten absolvirt worden ist, und dieser das ihm dadurch abgesprochene Recht in einem neuen Proceß geltend machen will. (Auch die Novation wird geltend gemacht durch exceptio rei iudicatae, s. u. §. 292. Hier ist lediglich von der materiellen Function dieser Einrede zu handeln [die sich darauf gründet, daß das Urtheil Etwas ausgesprochen hat, wogegen der Verurtheilte sich erhebt]).

[Die exceptio rei iudicatae steht zu, sobald unter denselben Personen dieselbe Streitsache wiederholt werden soll]. Die Regel: Exceptio rei iudicatae obstat, quoties inter easdem personas eadem quaestio revocatur[3] enthält folgende Erfordernisse:

1) Eaedem personae, das Urtheil beschränkt seine Kraft auf die im Proceß stehenden Personen. Keine Verschiedenheit der Personen ist es, wenn ein Stellvertreter früher oder jetzt auftrat. Als ein solcher gilt auch der zeitige Eigenthümer in Beziehung auf Realservituten. Die Einrede steht aber auch den Successoren und gegen sie zu aus der Proceßführung ihres Vorgängers, Universalsuccessoren und Singularsuccessoren.

2) Eadem quaestio, dieselbe Streitfrage, die schon entschieden ist. Dieses Erforderniß ist aufzulösen in zwei Bestandtheile, die diese Identität bestimmen:

a) idem de quo agitur, derselbe Gegenstand der Klage, Sache oder Handlung. Der Unterschied zwischen Theil und Ganzen ist irrelevant. Daher steht die exceptio entgegen, wenn zuerst ein Theil, nachher das Ganze eingeklagt wird, und umgekehrt, z. B. Grundstück (und Theil oder Haus), Erbschaft und einzelne res hereditariae. (Note i des Lehrb.).[4]

b) eadem causa petendi, causa proxima actionis, dasselbe Recht, aus dem die frühere Klage und die jetzige entspringt. Die Klage kann verschieden sein, z. B. interdictum adipiscendae possessionis und actio. Auf die causa remota kommt es nicht an, diese kann eine andere sein und doch dasselbe Recht (Note k das.).

---

3) (L. 7. §. 4. D. de exc. rei iud. (42, 2). A. d. H.)

4) (In der L. 7. D. h. t. (Note i) ist der Widerspruch in der Entscheidung über die Baumaterialien nur zu heben, wenn man mit v. Savigny (System VI., Beil. XVI) den §. 1 mit item si quis fundum petierit beginnt. — Bekker's (die proc. Consumption 1853 S. 336) Einwand: die Entscheidung im §. 1 sei nur eine vorläufige (fere) trifft nicht zu, weil fere nicht zu nocet sondern zu omnibus gehört. Eben daher ist im §. 3 exceptio noceat statt non noceat zu lesen. A. d. H.)

Daher steht der Eigenthumsklage die exceptio entgegen, wenn gleich eine andere Erwerbsart als früher behauptet wird (Note 1 das.). Nur dann macht die verschiedene Erwerbsart ein anderes Recht, wenn sie nach dem früheren Urtheil eingetreten ist, adquisitum postea dominium.[5] Dieses widerspricht natürlich der früheren Entscheidung nicht. Ebenso steht die exceptio nicht entgegen, wenn der Kläger aus einem anderen Grund, als weil er das Recht nicht habe, abgewiesen worden ist, z. B. weil der Beklagte nicht der rechte Beklagte war. Hier ist die jetzige Behauptung des Eigenthums kein Widerspruch gegen den Inhalt des Urtheils.

In Beziehung auf die causa remota aber ist ein wichtiger Unterschied zwischen actiones in personam und in rem. Jede Obligatio entsteht auf die ihr eigenthümliche Art, eine andere Entstehung, eine andere Obligatio. Wer also dieselbe Leistung aus einem anderen obligatorischen Grund fordert, als früher, klagt aus einer anderen Obligatio, es ist nicht eadem causa petendi, die exceptio fällt weg. Es ist nur Eine Obligatio in iudicium deducirt, nur über Eine Obligatio entschieden, nicht über alle Gründe, aus denen dieser Gegenstand geschuldet werden kann, z. B. Schadensersatz ex deposito, ex l. Aquilia [ich fordere Schadensersatz mit der actio depositi und werde abgewiesen, weil ich das Depositum nicht beweisen kann, nun kann ich mit der actio legis Aquiliae klagen, ohne daß mir die exceptio rei iudicatae entgegen steht].

Die Rechte, aus denen dingliche Klagen entspringen, entstehen auf verschiedene Weise, ohne das Recht zu einem anderen zu machen. Wem das Eigenthum, die Servitut abgesprochen wird, dem wird natürlich jede mögliche Erwerbung abgesprochen, er hat alle causae remotae umfaßt, indem er das Eigenthum rc. zum Grund seiner Klage gemacht hat.

Man hat lange Zeit behauptet, Angabe einer bestimmten Erwerbsart (expressa causa adquirendi) beseitige dies. Diese Ansicht ist

1) unzweckmäßig und streitet gegen die Grundsätze einer vernünftigen Proceßgesetzgebung,

2) auch civilrechtlich unmöglich. Der Klagegrund müßte die Erwerbsart, diese, nicht das Eigenthum, in iudicium deducirt

---

5) L. 11. §. 5. D. h. t. (42, 2): Itaque adquisitum quidem postea dominium aliam causam facit, mutata autem opinio petitoris non facit. —

sein. Dies wäre keine Eigenthumsklage mehr; dann aber müßte dasselbe auch non expressa causa behauptet werden.[6] Also ist nur durch in integrum restitutio zu helfen, und dies deckt auch jedes wirkliche Bedürfniß (§. 104 a. E.).

In integrum restitutio.

Begriff.

§. 100.

Wer einen Nachtheil abwenden will, der in einer Rechtsverletzung seinen Grund hat, dem stehen die ordentlichen Rechtsmittel zu Gebote, deren bisher Erwähnung geschah.

Gegen einen anderen Nachtheil nimmt ihn das gewöhnliche Recht nicht in Schutz. Ja das Recht selbst kann Veranlassung dazu werden, z. B. Usucapion, Klagverjährung, unvortheilhafte Abschließung eines Rechtsgeschäfts, res iudicata. Das formelle Recht kann ein materielles Unrecht werden.

Gegen dieses wird eine Hülfe nicht Bedürfniß, so weit jedermann die Möglichkeit offen steht, durch Aufmerksamkeit und Sorgfalt solchen Nachtheilen vorzubeugen. Wir würden ohne Grund die große Wohlthat der Rechtssicherheit aufopfern, wenn wir auch den Unaufmerksamen und Leichtsinnigen eine Hülfe gegen Nachtheile gewähren wollten, in die sie durch eigene Schuld gerathen sind. Iura vigilantibus sunt scripta.

Eine Hülfe wird nothwendig, wenn die Umstände von der Art sind, daß jene rechtlichen Nachtheile unvermeidlich sind. Außerdem würde das Recht keine Wohlthat mehr sein. Unter solchen Umständen ist eine außerordentliche Ergänzung der ordentlichen Rechtshülfe gegeben, die in einem Schutz nicht des (gewöhnlichen) Rechts, sondern gegen dasselbe besteht, in einer Geltendmachung der höheren Gerechtigkeit gegen die Nachtheile des gewöhnlichen Rechts. Dies ist die in integrum restitutio, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Je durchgebildeter ein Recht ist zu einer Berücksichtigung des gesammten menschlichen Daseins, desto seltener wird das Bedürfniß dieser außerordentlichen Hülfe sein, ganz wird sie nie entbehrlich werden.

---

6) Vergl. die Exegese der hierher gehörigen Stellen in Beilage VIII.

Der Name bezeichnet das Rechtsmittel nur sehr im Allgemeinen, keineswegs bestimmt. Vielmehr müssen eine Menge Fälle ausgeschlossen werden, die unter jenen Namen begriffen werden könnten. Die in integrum restitutio ist

1) Wiederherstellung eines dem strengen Recht nach aufgehobenen Zustandes. Daher nicht die Restitution als Gegenstand der Vindication, wodurch ein bestehendes Recht geschützt und nur ein factischer Zustand wiederhergestellt wird, ferner der interdicta restitutoria etc.

2) Wiederherstellung durch ein Rechtsmittel. Ausgeschlossen ist daher a) die durch Concession des Regenten ertheilte, z. B. restitutio famae (die Restitution, von der hier die Rede ist, ist keine Gnadensache); b) die durch einen Rechtssatz ipso iure eintretende, so das Postliminium.

3) Es ist möglich, daß gegen die Wirkung des strengen Rechts ein Rechtsmittel gegeben wird, das dennoch aus dem ordentlichen Recht, nur dem ius aequum entspringt. Dies ist der Fall, wenn die Bedingungen des Rechtsmittels durch das Recht genau festgesetzt sind, die Zulässigkeit des Rechtsmittels nicht auf das Ermessen des Richters gestellt ist. Manche Rechtsmittel, die früher unter die in integrum restitutio fielen, sind später (theils schon im römischen, theils im heutigen Recht) aus dieser Sphäre herausgetreten, indem die Hülfe allgemein und ohne Einfluß der concreten Individualität des Falls vorgeschrieben wurde. So macht Betrug und Zwang das Geschäft nicht nichtig, aber es findet eine Wiederherstellung durch actio und exceptio doli, actio und exceptio metus statt. Diese waren im älteren römischen Recht zum Theil in integrum restitutio, im neuesten Recht sind sie es nicht mehr. Ebenso gewisse Veräußerungen: zum Nachtheil des Proceßgegners, zum Nachtheil der Gläubiger (actio Pauliana), [sie bringen ein Rechtsmittel hervor, eine actio in factum, die im älteren römischen Recht zur in integrum restitutio gezogen wurde, im neuesten römischen Recht aber schon nicht mehr]; ferner capitis deminutio [durch welche der Gläubiger seine Klage verlor, gegen die er aber in integrum restituirt werden konnte. Auch dieser Fall ist schon im neueren römischen Recht aus dem Kreise der In Integrum Restitutio herausgetreten].

4) Eigentliche Restitution d. h. die, bei welcher die Rechtmäßigkeit der Hülfe auf das Urtheil des Richters gestellt ist, unbeschadet der Möglichkeit einer mehr oder weniger engen Begränzung dieses Ermessens durch speciellere Vorschriften über die Veranlassung und Begründung der richterlichen Entscheidung, ob die Restitution zu ertheilen sei oder nicht.

Die Restitution beruht auf folgenden Momenten:

1) Veranlassung, ein durch das Recht erlittener Nachtheil (§. 101).

2) Begründung: a) rechtliche Begründung; die Frage ist, ob unter den vorhandenen Umständen, ihre Wahrheit vorausgesetzt, Restitution zu ertheilen. Die Begründung besteht in einer Anforderung der höheren Gerechtigkeit gegenüber dem Gang des gewöhnlichen Rechts. Unser Recht macht einzelne Umstände, die im allgemeinen dieses Eingreifen in den gewöhnlichen Rechtsgang begründen können, als iustae causae restitutionis namhaft (§. 102—4), aber es läßt ihre Wirkung im concreten Fall doch abhängen von dem richterlichen Ermessen und der Erwägung individueller Verhältnisse. Darin nun eben, einmal der Geltendmachung der Aequitas gegen das gewöhnliche Recht, sodann dem Einfluß des Richters darauf, liegt das charakteristische Merkmal der wahren in integrum restitutio. b) Factische Begründung; die Frage ist, ob die Thatsachen wirklich wahr sind. Darin liegt natürlich nicht der Charakter der Restitution, denn diese Verhandlung kommt bei jedem Proceß vor.[1]

3) Realisirung, wirkliche Wiederherstellung des früheren Zustandes. Auch darin liegt nicht der Charakter der Restitution, denn derselbe Erfolg ist auch bei einem ordentlichen Rechtsmittel möglich. Die Mittel zu dieser Realisirung sind: a) Rescission eines Ereignisses, z. B. eines Erbschaftsantritts; b) Rescission und Wiederherstellung eines verlorenen Rechtsmittels, actio rescissoria s. restitutoria, z. B. bei der Usucapion, dem Verzicht; c) Verleihung einer neuen Klage, die aber von jener Begründung und ihrer Untersuchung abhängt. Dieser Fall

---

1) L. 3. D. de in int. rest. (4, 1): Omnes in integrum restitutiones causa cognita a praetore promittuntur, scilicet ut iustitiam earum causarum examinet, an verae sint, quarum nomine singulis subvenit. — Die Worte: an verae sint gehen nicht auf die factische Wahrheit, sonst müßte es heißen: et an —, sondern der Sinn ist: ob es gerechte Gründe sind, aus denen er Hülfe gewähren möge.

ist nach heutigem Recht aus der Reihe der Restitutionen herausgetreten [und zu einem ordentlichen Rechtsmittel geworden, so die actio und exceptio doli, metus], s. oben Nro. 3.

Veranlassung.

§. 101.

Das erste Erforderniß, von welchem die Ertheilung der Restitution abhängt, was also die Entscheidung des Richters bestimmt, ist die Existenz eines Nachtheils, Läsion. Folgende Punkte sind zu berücksichtigen:

1) Der Nachtheil darf nicht ein ganz unbedeutender sein: minima non curat praetor. Dies ist der Außerordentlichkeit der Hülfe angemessen.

2) Dieser Nachtheil ist abzuwägen gegen den durch die Restitution für Andere entstehenden, namentlich auch gegen eine mögliche Verwirrung von Rechtsverhältnissen, die sich mittlerweile gebildet haben. Keine Restitution wird gewährt, wenn diese jenen bedeutend überwiegt. Das Erforderniß des Nachtheils ist nicht positiv zu fassen als das eines bedeutenden; nur in solchen Fällen, wo sonst der Ertheilung der Restitution Bedenken entgegenstehen, müssen diese jedenfalls durch einen großen Umfang des Nachtheils aufgewogen werden.

Schon in diesen beiden Punkten liegt ein bedeutender Einfluß des richterlichen Ermessens, auch da, wo es sich um gesetzlich bestimmteste Restitutionsgründe handelt.

3) Nicht bloß positiver Schaden wird berücksichtigt, sondern auch entgangener Gewinn, nur nicht mit dem Schaden eines Anderen.

4) Nicht bloß Vermögensnachtheile, sondern auch die Person treffende, z. B. mühsame Arbeit oder Beunruhigung.

5) Läsion durch das Recht selbst. Daher ist ausgeschlossen ein zufälliger Schaden, z. B. Antritt einer Erbschaft, die sich durch unvorherzusehende Ereignisse mindert (anders bei unsicheren Capitalien); ebenso aber eigene Verschuldung, also tadelnswerther Mangel an Aufmerksamkeit. Ein Unterschied zwischen Großjährigen und Minderjährigen ist, daß bei letzteren nicht jeder solcher Mangel als Verschuldung aufgefaßt wird, vielmehr muß ihre Sorglosigkeit oder Leichtsinn die Quelle der Läsion sein (auch hier

also das Recht, das solchen Personen die Handlungsfähigkeit giebt).

6) Die Läsion muß im Causalzusammenhang mit der iusta causa restitutionis stehen, sie muß durch Minderjährigkeit, Irrthum, Abwesenheit ꝛc. hervorgebracht sein.

Restitutionsgrund.

§. 102—104.

Folgende iustae causae werden namhaft gemacht, die unter den gehörigen Voraussetzungen einen Anspruch auf Restitution geben können.

1) minor aetas.

Die Minderjährigen werden gegen jeden Nachtheil (soweit nicht eine besondere Beschränkung eintritt) restituirt, in den sie durch Leichtsinn und Unerfahrenheit gekommen sind, sowohl gegen Geschäfte, als gegen Versäumnisse. Natürlich wird vorausgesetzt, daß das Geschäft nicht schon dem ordentlichen Recht nach ungültig ist, z. B. wegen Eingehung ohne Consens des Vormunds oder wegen Betrug des Gegners. Die Versäumnisse anlangend ist die Restitution bei der Klagverjährung weggefallen durch die Vorschrift, daß den Minderjährigen die Zeit nicht laufen soll, wenn eine Verjährung unter 30 Jahren in Frage steht; gegen die actiones perpetuae aber ist die Verjährung überall ausgeschlossen (s. §. 107).[1]

Jene Eigenschaften müssen die Veranlassung der Läsion sein. Daher tritt, wenn ein Minor ein Geschäft so geschlossen hat, wie es nur immer ein Erfahrener hätte thun können, keine Restitution ein. Die Beiziehung des Vormunds schließt an sich die Restitution nicht aus, wohl aber, wenn sie jenes Resultat hatte. Dies ist eine nothwendige Beschränkung, weil sonst kein Geschäft mit Minderjährigen möglich wäre. Die besonderen Entscheidungen in den Note i des Lehrbuchs angeführten Stellen hat man öfters als besondere Ausnahmen angesehen, sie sind dies aber keineswegs.

---

1) (Der Verfasser meint ohne Zweifel „gegen die Verjährung der actiones perpetuae aber ist die Restitution überall ausgeschlossen.“ Dies zeigt die Verweisung auf §. 107, Note g des Lehrb. A. d. H.)

Diejenigen Fälle, wo die Restitution aus anderen Gründen ausgeschlossen ist, theils weil die Minderjährigen sich ihrer unwürdig gemacht haben, theils wo die gute Sitte es fordert, s. Lehrbuch §. 103.

Ausdehnung der Restitution der Minderjährigen: §. cit. a. E.[2]

2) Abwesenheit. Dies bezieht sich nur auf Unterlassungen und Versäumnisse, deren Ursache die Abwesenheit war. Der Prätor hat bestimmte Fälle genannt, und am Ende eine clausula generalis hinzugefügt, die zunächst auch auf Fälle der Abwesenheit sich bezieht, doch auch eine weitere Ausdehnung hat. Das Resultat ist: Ein Restitutionsgrund gegen Versäumnisse ist a) die eigene Abwesenheit des Lädirten, α) eine unwillkührliche und nothwendige: im Staatsdienst oder Gemeindedienst (ebenso die der Frauen von Abwesenden, ferner dieser selbst, auch wenn sie nur soeben zurückgekehrt sind [gegen einen Nachtheil, der sie nach ihrer Rückkehr betroffen hat, aber nur die ersten Tage hindurch]), Citation vor die Obrigkeit, Kriegsgefangenschaft, Gefängniß, Zwang, gerechte Furcht, überhaupt jede unfreiwillige Abwesenheit, die jene Folge hatte. Zu diesen unfreiwilligen gehören auch die fingirten, der Wahnsinnigen, Kinder und juristischen Personen. β) Eine freiwillige, wenn sie ein löbliches Motiv hatte, z. B. studiorum causa, und keine Nachlässigkeit in der Bestellung eines Procurators begangen ist. Auch bei der unfreiwilligen Abwesenheit kann eine solche Nachlässigkeit ein Hinderniß werden, insofern dann nicht eigentlich die Abwesenheit der Grund des Verlustes ist; indessen wird hier in dieser Rücksicht läßlicher geurtheilt. Hatte der Abwesende übrigens einen Procurator und kann an diesen seinen Regreß nehmen, so fällt die Restitution weg.

b) Abwesenheit des Gegners. Diese giebt Anspruch auf Restitution ohne Rücksicht auf das Motiv. Aber vorausgesetzt wird, daß kein Procurator oder Defensor da ist, gegen den das Recht geltend gemacht werden kann. Ebenso werden andere Hin-

2) (Die in Note u erwähnte Ausdehnung der Privilegien der respublicae, Kirchen und Klöster auf alle universitates personarum durch die Praxis hat lediglich den Grund, daß auch deren Angelegenheiten durch Fremde verwaltet werden. Dies würde vielmehr zu einer Ausdehnung der beschränkteren Restitution der Abwesenden ex clausula generali führen, da die Restitution der Minderjährigen auf deren *eigenes* Thun und Lassen beschränkt ist, s. v. *Savigny*, System VII. S. 160. A. d. H.)

dernisse in der Person des Gegners behandelt, wenn er sich verbirgt oder es sonst unmöglich ist, ihn zu belangen.

3) Hinderniß der Vornahme der versäumten Handlung in der Person des Richters (ausdrücklich von dem Prätor genannt), oder in anderen äußeren Umständen, z. B. Ueberschwemmung bei der Ausübung einer Servitut, gesetzliche Vorschrift, Krankheit ꝛc., wenn die Umstände von der Art sind, daß die Festhaltung des gewöhnlichen Rechts der Gerechtigkeit widersprechen würde. Diese Fälle gehören ebenfalls zur clausula generalis.

4) Irrthum, vorausgesetzt seine Entschuldbarkeit, s. §. 57. Der Irrthum ist aber ein beschränkter Restitutionsgrund a) gegen Versäumnisse, ex clausula generali, wenn eine sehr dringende Aufforderung zur Hülfe in den Umständen liegt, nie bei der Klagverjährung über 1 Jahr, Note cc des Lehrb. b) Noch mehr beschränkt ist er gegen Geschäfte; nur drei Fälle kommen vor. S. dieselben im Lehrbuch.[3]

Noch eine Bemerkung über die clausula generalis. Zuweilen ist ein arger Mißbrauch damit getrieben worden. Die neueren gründlicheren Untersuchungen dieses Punktes haben darauf geführt, daß das römische Recht die clausula generalis nur bei Versäumnissen anwendet.

Indessen lassen sich Fälle denken, wo eine Ausdehnung Bedürfniß wird, und diese ist (abgesehen von jenem Schlendrian) durch die Praxis garantirt. Namentlich in folgendem Fall: wenn jemand unter dem Einflusse äußerer auf ihn ausgeübter Auctorität (ohne Zwang) ein nachtheiliges Geschäft geschlossen hat, und derselbe eine Person von schwachem Verstand und Geist und natürlichem Mangel an Bildung war. Wenn alle diese Umstände zusammenkommen, wird eine Restitution statthaft sein.

Dolus und metus sind schon im neuesten römischen Recht als Restitutionsgründe sehr beschränkt, in den meisten Fällen sind ordentliche Rechtsmittel gegeben.[4] Nach heutigem Recht ist dies-

---

3) Dig. XXVII. 6. quod falso tutore auctore gestum esse dicetur., L. 1. §. 17. D. de separ. (42, 6), L. 11. pr. D. de exc. rei iud. (44, 2).

4) (Die Meinung: im neuesten Recht sei eine eigene Restitution gegen die durch dolus veranlaßte Eingehung von bonae fidei obligationes eingeführt worden und habe die Contractsklagen wegen ihres kürzeren Verfahrens fast ganz verdrängt z. B. Burchardi, v. Vangerow, Leitfaden für Pand.-Vorles. §. 102 Note c hat in dem Ausdruck in integrum restitutio in L. 10. C. de resc. vend. (4, 44) auch nicht einmal einen scheinbaren äußeren Grund, da

überall der Fall (§. 102 Note c des Lehrb.); actio und exceptio doli, metus sind daher nicht mehr als Restitution zu behandeln.[5] Beim Dolus lag für das römische Recht eine Veranlassung zur Anwendung der Restitution in der Eigenschaft der actio doli als famosa actio. Aus Schonung ward verordnet, daß wo durch Restitution geholfen werden konnte, jene wegfallen sollte. Für das heutige Recht hat dies keinen Sinn mehr, es besteht also auch kein Hinderniß, die restitutio ob dolum für gänzlich weggefallen zu erklären.

Restitutionsgesuch.

§. 105.

Competent für die Restitution ist der Richter, welcher für das zu restituirende Rechtsmittel competent ist. Man unterscheidet iudicium rescindens, die Verhandlung und Entscheidung über die zu ertheilende Restitution, und iudicium rescissorium, Verhandlung über das restituirte Rechtsmittel, Proceß, der eine Folge der ertheilten Restitution ist. Die Regel ist hiernach so zu geben: der für das iudicium rescissorium competente Richter ist auch competent für das iudicium rescindens. Daher können beide Verhandlungen mit einander verbunden werden, und werden es auch gewöhnlich.

Es entsteht die Frage: ist zum Anfang der Restitutionsverjährung Wissen des Restitutionsberechtigten von der Läsion erforderlich? Sie ist bejaht worden wegen einer Stelle des Codex: „ex quo annus utilis currebat.“[1] Aber das utile tempus hat auf die Bestimmung des Anfangs keinen Einfluß (s. oben). Auch bei dem annus utilis ist kein Wissen erforderlich. Die Meinung

---

dieser hier nur die Herstellung des Rechtszustandes durch die Contractsklage bedeuten kann, L. 23. §. 7., L. 60. D. de aed. ed. (21, 1). A. d. H.)

5) (Diese Argumentation — vergl. auch §. 102 Note d des Lehrb. — entscheidet jedoch nicht für die Fälle, in welchen die ordentlichen Rechtsmittel (actio und exceptio doli und metus, Contractsklagen aus bonae fidei Geschäften) nicht ausreichen, z. B. Insolvenz des Gegners, Zwang zur Antretung und Ausschlagung einer Erbschaft, Judicat auf Aussage bestochener Zeugen. Die in diesen Fällen eintretende Hülfe ist unstreitig eine außerordentliche, L. 21. §. 5. 6. D. quod met. (4, 2), L. 33. D. de re iud. (42, 1). v. Savigny, System VII. §. 330 g. §. 332, selbst noch im canonischen Recht, c. 1. de rest. in VI^{to} (1, 21). A. d. H.)

1) L. 7. C. de temp. in integr. rest. (2, 53): Supervacuam differentiam utilis anni in integrum restitutionis a nostra republica separantes, sancimus, et in antiqua Roma, et in hac alma urbe, et in Italia, et in aliis provinciis quadriennium continuum tantummodo numerari ex die, ex quo annus utilis currebat, et id tempus totius loci esse commune.

ist nicht bloß nicht begründet, sondern in sich unmöglich. Gegen die Restitutionsverjährung giebt es keine Restitution[2] (dies ist natürlich, weil sonst kein Ende abzusehen wäre); also auch nicht wegen Unkenntniß und Irrthums. Da nun nicht einmal Restitution gefordert werden kann, so ist der Anfang der Verjährung noch viel weniger ipso iure ausgeschlossen.

Bei der Untersuchung der Restitutionsfrage müssen beide Theile gehört werden (nur ausnahmsweise kann brevi manu verfahren werden bei manchen processualischen Versäumnissen, nie bei den civilrechtlichen Fällen). Dem um Restitution nachsuchenden liegt der Beweis 1) der Läsion, 2) der iusta causa ob.

Der zur Restitution Berechtigte ist der, welcher den Nachtheil erlitten hat und für dessen Person die iusta causa eintritt. Daher z. B. keine Restitution gegen die Handlung eines Minderjährigen, wenn nicht dieser zugleich der Benachtheiligte ist, sondern vielmehr ein Anderer durch ihn, z. B. der, dessen Procurator er war. Ein Anderes ist es, wenn er diesem dafür haftet, z. B. als negotiorum gestor.

Kann man die Restitution haben aus der Person eines Anderen? Unbestritten hat sie der Universalsuccessor, z. B. der Erbe eines Minderjährigen gegen den Nachtheil, den dieser erlitten, und wegen dessen er hätte Restitution suchen können. Dieser schon entstandene Anspruch geht auf die Erben über. Darauf beschränkt sich aber dieser Uebergang; bei dem Singularsuccessor findet er nicht Statt. Streitig ist, ob der Bürge die Restitution aus der Person des Hauptschuldners hat. Dies ist zu verneinen. L. 7. §. 1. D. de except.,[3] welche man für die entgegengesetzte Mei-

---

2) L. 20. D. de minor. (4, 4). (Diese Behauptung kann so wenig zugegeben werden, als der dafür angeführte Grund. Die Restitution gegen Ablauf der Restitutionsverjährung ist nichts als eine weitere Erstreckung wegen eines anderen Restitutionsgrundes z. B. Abwesenheit, Betrug; es wäre Willkühr sie blos deshalb zu versagen, weil dadurch die Restitutionszeit verlängert wird, und gerade so entscheidet das geschriebene Recht, L. 1. 3. C. de temp. in int. (2, 53), c. 1. de restit. in VIto (1, 21). Die Versagung in L. 20 cit. hat blos den allgemeinen Grund, daß in dem concreten Fall die Abwesenheit kein Hinderniß bildet, s. auch v. Savigny, System VII. S. 558. A. d. H.)

3) L. 7. §. 1. D. de except. (44, 1): Rei autem cohaerentes exceptiones etiam fideiussoribus competunt — — idem dicitur et si pro filiofamilias contra S. C. quis fideiusserit aut pro minore XXV annis circumscripto. Quod si deceptus sit in re, tunc nec ipse ante habet auxilium quam restitutus fuerit, nec fideiussori danda est exceptio. (Dies kann heißen 1) er hat die exceptio nie, 2) er hat sie nicht, so lange der Minderjährige nicht restituirt ist. Die letzte Deutung ist nach dem Zusammenhange der im Text angenommenen vorzuziehen. A. d. H.)

nung angeführt hat, enthält dies gerade; [sie unterscheidet: ob der Minor betrogen wurde, in welchem Falle er die exceptio doli hat, oder ob er durch eigene Schuld benachtheiligt ist, deceptus in re], dies bezeichnet eben die Restitution, der Minor kann sich nur durch sein auxilium extraordinarium befreien, der Bürge hat keine exceptio. Eine andere Frage ist, ob nicht der Bürge, wenigstens unter gewissen Umständen, Restitution fordern kann, weil der minderjährige Hauptschuldner restituirt ist (also nicht ex persona minoris), darüber s. noch die Lehre von der Bürgschaft, §. 405 Note g des Lehrb.[4]

Wirkung der Restitution.

§. 106.

Zwei Fragen sind hier zu beantworten: welches ist der Erfolg? und gegen wen wirkt die Restitution?

Zur ersten: Der Erfolg der Restitution ist Wiederherstellung des rechtlichen Zustandes vor der Veranlassung derselben. Der Restituirte, welcher ein Recht verloren hat, erhält es wieder, wie es vor der Läsion war, aber auch nur so. Bei Restitution einer Klage mit der ihr damals bevorstehenden Verjährung. Im Fall einer Versäumniß wird nur die Zeit restituirt, welche durch die iusta causa verloren ging. So bei der Restitution gegen eine vollendete Usucapion oder Klagverjährung. Die Zeit seit Hebung des Hindernisses wird dem Restituirten angerechnet, es ist daher möglich, daß keine Zeit mehr übrig, also sofortige Klaganstellung nach der Restitution nothwendig ist. Diese wird vorgesehen, wenn die Anstellung gleich mit dem Restitutionsgesuch verbunden wird.

---

4) (Die Frage ist anders zu stellen, denn ex sua persona hat der Bürge nie die Restitution; auch nach ertheilter Restitution des Minor kann er nur deren Cession erzwingen, um sie gegen den Gläubiger zu wenden, L. 24. pr. D. de min. (4, 4). Es fragt sich vielmehr: ist der minderjährige Schuldner blos gegen den Gläubiger oder auch gegen den Bürgen zu restituiren, so daß dieser zuletzt den Schaden trägt? Es ist zu unterscheiden: ob sich der Bürge blos gegen die Gefahr der Insolvenz oder auch gegen die der Restitution (contemplatione iuris praetorii) verbürgte, welches Letztere voraussetzt, daß er die Minderjährigkeit gekannt hat. Im ersten Fall wird ihm geholfen, L. 51. D. de proc. (3, 3), im letzeren nicht: Paul. R. S. I, 9. §. 6., L. 13. pr. D. de min. (4, 4), L. 95. §. 3. D. de solut. (46, 3). v. Savigny, System VII. S. 220 f. A. d. H.)

Auch der Gegner wird restituirt, nur daß in einem Conflict seiner Wiederherstellung mit der des Restituirten jene weicht. Bereichert soll der Restituirte auf Kosten des Gegners auf keine Weise werden.

Was die zweite Frage anbetrifft, gegen wen die Restitution wirkt, so sagt man gewöhnlich: die Restitution sei in der Regel in personam, d. h. gegen den, der unmittelbar durch die Läsion gewonnen habe, nur ausnahmsweise in rem. Mit diesem Princip lassen sich die Fälle gar nicht entscheiden, es paßt nur auf einen ganz kleinen Kreis derselben.

Das Princip ist vielmehr: der Gegner, gegen den die Restitution gesucht wird und wirkt, bestimmt sich durch das zu restituirende Recht.

1) Wird eine Klage restituirt, so ist der Restitutionsgegner dieselbe Person, welche mit der Klage zu belangen sein wird (das iudicium rescindens geht gegen den, gegen welchen das iudicium rescissorium gehen wird). Bei einer dinglichen Klage, z. B. Restitution gegen eine Usucapion, gegen jeden Besitzer der Sache, bei einer persönlichen Klage gegen den Schuldner.

2) Dasselbe Princip gilt von Einreden.

3) Wird Rescission einer Klage verlangt, so ist der Gegner der Klagberechtigte, z. B. beim Erbschaftsantritt; ebenso überhaupt, wenn gegen einen obligatorischen Umstand, z. B. Vertrag, Sentenz, restituirt wird.

Wenn es nun hier bei der bloßen Verpflichtung geblieben ist, so bedarf es keiner weiteren Entscheidung. Ist dagegen schon etwas geleistet, so ist die Restitution dem Princip nach gegen dieselbe Person, also gegen den Empfänger gerichtet. Nun kann es aber sein, daß damit dem zu Restituirenden nicht geholfen ist, z. B. wegen Insolvenz des Empfängers, oder es liegt jenem daran, die von diesem wieder veräußerte Sache in specie wieder zu erhalten. Hier wird dann, soweit es nöthig ist, um der Restitution wirklich Effect zu verschaffen, die Restitution in rem zugegeben, d. h. es wird nicht bloß das obligatorische Geschäft, sondern auch die Leistung, also der Eigenthumsübergang rescindirt, also die dingliche Klage restituirt (dies hat man bei jener Regel im Auge, die aber eben darum ungenügend ist).

Beschränkung der Restitution.[1]

§. 107.

Einer der wichtigsten ausgenommenen Fälle ist die dreißig- und mehrjährige Klagverjährung. Dies ist die herrschende Ansicht; manche Juristen haben sie angegriffen. Es wird auf die Erklärung der Stelle Note g des Lehrb.[2] ankommen: Weder Geschlecht, Abwesenheit, Soldatenstand, noch auch das Alter soll dagegen schützen, mit Ausnahme des Alters der Impubertät. Man hat gesagt, dies beziehe sich nicht auf die Restitution, sondern auf die Frage, ob tempus continuum oder utile, jenes sei damit ausgesprochen. Diese Meinung ist entschieden unrichtig; sie würde voraussetzen, daß bei utile tempus jene Punkte zur Sprache kämen, dies ist aber nur bei Einem der Fall, dem der Abwesenheit, weder für Geschlecht, noch Alter.

Es muß in Rücksicht auf etwas gesagt sein, was allen jenen Punkten gemein ist, und dies ist nur die Restitution.[3] Bei Alter und Abwesenheit (und militia) ist es für sich klar, aber auch Restitution wegen Geschlecht ist ausgeschlossen, insofern die Frauen zuweilen wegen Irrthums restituirt werden, wo Mannspersonen keine Restitution erhalten.

Damit stimmt denn auch der ganze Inhalt der Gesetze überein; es wird wiederholt eingeschärft, daß der Beklagte durch Ablauf dieser langen Zeit schlechterdings und unumstößlich sicher sein soll. Ferner die Minderjährigen sind nur von der minderen Klagverjährung befreit, gewiß wenn die dreißigjährige Klagverjährung ein Gegenstand der Restitution wäre, wären die Minderjährigen nicht von dieser Restitution ausgeschlossen worden.

---

1) S. das Lehrbuch.

2) L. 3. C. de praescr. XXX ann. (7, 39): — non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda, sed pupillari aetate duntaxat, quamvis sub tutoris defensione consistat, huic eximenda sanctioni —.

3) (Dafür spricht der Ausdruck defendenda, der nicht bloß eine mit eximenda gleichbedeutende Abwechselung der Rede enthält. A. d. H.)

Drittes Buch.

Von der Anwendung der Rechtsvorschriften auf die Rechtsverhältnisse.

Einleitung.

§. 108.

S. das Lehrbuch.

Richterliche Kenntniß des Rechts.

§. 109.

Es gilt eine verschiedene Behandlung der Thatsachen und der Rechtssätze, von denen die Entscheidung abhängt. Jene müssen allegirt und bewiesen werden. Für diese gilt der Grundsatz: iura novit curia. In Beziehung auf die Facta verhält sich der Richter empfangend, die Partei gebend, umgekehrt in Beziehung auf das Recht: narra mihi factum, ego tibi narrabo ius. Das Richteramt besteht in der Anwendung des Rechts auf die ihm vorgelegten Thatsachen. Es hängt von dem Willen der Parteien ab, den Fall gar nicht vor den Richter zu bringen, also auch, welchen Fall sie vor ihn bringen. Das richterliche Amt wird nicht beeinträchtigt, weder durch gänzliche, noch durch theilweise Entsagung auf Ansprüche, die der Partei gewisse Thatsachen geben. Das Recht hingegen selbstständig zu erkennen und anzuwenden ist Sache des richterlichen Amts, die Parteien können die Rechtssätze nicht bestimmen, ihre Anwendung kann daher nicht so von ihrer Thätigkeit abhängen, wie die der Facta.

1) Rechtssätze brauchen nicht allegirt zu werden. Dies gilt vollkommen vom gemeinen Recht, scriptum und non scriptum, vom promulgirten Recht des Landes, aufgezeichnetem Gewohnheitsrecht des Gerichtsbezirks. Eine Modification tritt ein bei gewissen Rechtssätzen, deren Existenz der Richter nicht zu kennen verpflichtet ist: bei auswärtigem Recht, bei particulärem Gewohnheitsrecht des Inlandes mit Ausnahme des aufgezeichneten Gewohnheitsrechts seines Gerichtsbezirks. Die Nichtanwendung dieser ist kein Vorwurf für den Richter, wenn sie von den Parteien nicht allegirt sind. Aber es ist dies doch keine vollkommene Ausnahme,

diese Rechtssätze werden nicht wie Thatsachen behandelt, die der Richter nicht beachten darf, wenn sie nicht allegirt sind. Hat der Richter zufällig Kenntniß jenes Rechts, so hat er die Allegation nicht abzuwarten, eben weil das anzuwendende Recht nicht in der Willkühr der Parteien steht.

2) Rechtssätze sind kein Gegenstand des Beweises. Der Richter hat sich ex officio die Kenntniß des Rechts zu verschaffen. Eine Modification erleidet dieser Grundsatz bei jenen Rechtssätzen, deren Kenntniß nicht von ihm gefordert werden kann. Hier kann er von den Parteien die Herbeischaffung der Erkenntnißmittel verlangen, so weit sie ihm nicht selbst offen stehen. So die auswärtigen Gesetze, Erkenntnißmittel des particulären Gewohnheitsrechts: Angabe der Fälle der Uebung, Benennung der zu vernehmenden Personen rc. Immer aber ist dies keine Gleichstellung mit den Thatsachen. Der Richter darf nicht vergessen, daß er dabei selbstthätig ist, ex officio mit thätig zu sein, sich nicht passiv zu verhalten hat.

Namentlich gelten von einer solchen Nachweisung des Rechts durch die Parteien niemals die processualischen Grundsätze von der Beweisführung, in Beziehung namentlich auf die Fristen, das Stadium des Processes, die Beweismittel und die Form ihres Gebrauchs.

Man hat zwei Ausnahmen behauptet:

1) Publication der Gesetze;[1] dies sei ein Factum. Dies ist es aber nur in dem Sinn, wie das Gesetz überhaupt und jeder Rechtssatz eine Thatsache ist, nicht im processualischen Sinn. Es wäre auch gar nicht abzusehen, warum bloß die Publication, und nicht auch die Promulgation bewiesen werden müßte.

2) Gewohnheitsrecht. Eine lange herrschende Ansicht war, Gewohnheitsrecht sei ein Factum, [und müsse als solches bewiesen werden, dies ist es aber] nicht mehr als anderes Recht. Diese Lehre hat ihren Ursprung in der Abneigung der älteren Romanisten gegen das einheimische deutsche Recht, das vorzugsweise als Gewohnheitsrecht existirte, und dem man durch diese seine Geltung außerordentlich erschwerende Ansicht praktisch entgegentrat. Die Bekämpfung dieser Ansicht in dem Note a des Lehrbuchs angeführten Werk[2] hat der richtigen Behandlung auch in der Praxis

1) Vergl. Thibaut, System des Pand.-R. §. 25.
2) Puchta, das Gewohnheitsrecht. II. S. 151 ff.

Raum gemacht. Ein Richter, der irgend einen Rechtssatz wie eine processualische Thatsache behandelt, verkennt seinen Beruf, ja er würdigt ihn herab, indem er das, was von ihm erwartet wird, das Recht, von dem Zufall eines processualischen Beweises gleichgültig und theilnahmlos abhängen läßt.

Ausschließung der Anwendung durch Privatwillen.

§. 110.

Eintheilung in ius dispositivum und ius cogens. Jenes bestimmt die Fälle seiner Anwendung so, daß der Privatwille ein Verhältniß derselben entziehen kann, z. B. Voraussetzung [der Rechtssätze über das Intestaterbrecht ist,] daß das Subject intestatus verstorben, [über die naturalia negotii,] daß nichts unter den Contrahenten bestimmt verabredet worden ꝛc. Dieses setzt die Fälle seiner Anwendung absolut fest, es verbietet jede Abweichung und Ausschließung der Anwendung durch Privatwillen, z. B. Form der Testamente. Man hat damit vermischt die Ausschließung und Modification durch eine Rechtsquelle, z. B. den Fall, wenn gemeines Gesetz particuläre Rechte ausschließt. Dies ist jedoch durchaus keine wesentliche Eigenschaft des ius cogens und kann auch bei dem ius dispositivum eintreten (dieser Irrthum ist durch Vermengung des Gewohnheitsrechts mit Privatwillen entstanden).

Die Eintheilung bezieht sich nur auf die Möglichkeit der Ausschließung der Anwendung durch Privatwillen. Etwas anderes ist die Aufhebung. In dieser Beziehung wird sie nicht wirksam. Das Eine ist nicht leichter derselben unterworfen, als das Andere.

Anwendung neuer Gesetze.

§. 111.

[Die Anwendung von Gesetzen kann durch die verschiedene Zeit ihres Erlasses und des zu beurtheilenden Falles in Frage gestellt sein. Folgendes ist das Princip:]

Ein Rechtssatz hat keine Kraft vor seiner Entstehung, er kann nur auf solche Fälle angewendet werden, die zur Zeit seiner Entstehung noch nicht existirten, auf facta futura, nicht facta praeterita. Dieser Grundsatz kommt besonders zur Anwendung bei gesetzlichem Recht, das eine bestimmte Entstehungszeit hat.

Die Wirksamkeit eines Gesetzes datirt sich 1) regelmäßig von der Publication, dem letzten zur Entstehung des gesetzlichen Rechts nothwendigen Akt, 2) von einem späteren Termine, wenn der Gesetzgeber eine vacatio legis gegeben hat, 3) von einem früheren Zeitpunkt, wenn der Gesetzgeber seine Zurückbeziehung verfügt hat: es solle so angewendet werden, wie wenn es schon zu einer bestimmten früheren Zeit gegeben worden wäre. Diese Zurückbeziehung ist stillschweigend darin enthalten, daß das Gesetz als authentische Interpretation eines früheren gegeben ist, declaratorisches Gesetz. Fälle, die von dieser Zurückbeziehung auszunehmen, sind 1) durch Urtheil oder Vergleich entschiedene, 2) in der Appellationsinstanz schwebende Sachen. [Hier kann die angeordnete Zurückbeziehung des Gesetzes keine Anwendung finden; denn der Appellationsrichter hat zu prüfen, ob der erste Richter recht geurtheilt habe, also nach den damals bestehenden Gesetzen; daher darf er auch das neuere Recht nicht in Anwendung bringen.][1] S. Note c des Lehrb. Manche wollen hier eine Ausnahme machen für declaratorische Gesetze [und diese letzteren auch vom Appellationsrichter angewendet wissen. Allein die Bezeichnung als authentische Interpretation ist nur eine stillschweigende Anordnung der Zurückbeziehung]. Die stillschweigende Zurückbeziehung aber kann keine größere Kraft haben als die ausdrückliche, und eine authentische Interpretation ist so gut ein neues Gesetz als ein anderes.

Die Frage der Anwendbarkeit auf einen gewissen Fall, ein Rechtsverhältniß, welches beurtheilt werden soll, hängt von dem Zeitverhältniß dieses Falles zu dem Zeitpunkt der Wirksamkeit des Gesetzes ab. Der Fall muß der Zeit nach nach diesem Zeitpunkt fallen, gleichviel ob dieser die Publication, oder ein früherer oder späterer ist. Aber die Anwendung kann zweifelhaft sein, weil das Zeitverhältniß des Falls zweifelhaft ist. Woran erkennen wir das Alter des Rechtsverhältnisses, also die Eigenschaft des factum praeteritum oder futurum?

Drei Fälle sind zu unterscheiden:

1) Die Thatsache ist eine momentane, beschränkt sich auf einen Zeitpunkt. Hier kommt es darauf an, ob dieser Zeitpunkt vor oder nach demjenigen fällt, mit dem die Wirkung des Gesetzes beginnt. Sie ist zu beurtheilen nach dem Recht, das in jenem

1) Nov. 19. pr., Nov. 118., Nov. 115. c. 1., Nov. 143.

Moment das geltende war. Eine solche Thatsache ist die Abschließung und Errichtung eines Geschäfts. Alle rechtlichen Voraussetzungen, die den Act selbst betreffen, sind nach dem damaligen Recht, nicht nach dem späteren zu beurtheilen, wenn sie gleich erst später in Frage kommen, [indem das Rechtsgeschäft erst nachdem das neue Gesetz entstanden ist, vor den Richter gebracht wird].

2) Die Thatsache vertheilt sich auf einen Zeitraum. Hier ist sie erst mit dem Ablauf vollendet; wenn daher der Anfang der Wirkung des neuen Gesetzes in diesen Zeitraum fällt, so ist sie kein factum praeteritum, sondern futurum. Solche Fälle sind die Usucapion, die Klagverjährung, die Ehe, insofern es sich um Wirkungen ihrer ganzen Dauer handelt, nicht um solche ihrer Eingehung. So ist z. B. die Frage der Gültigkeit in dieser Beziehung, d. h. der gültigen Schließung (denn es könnte auch Erfordernisse der Gültigkeit für die Fortdauer geben) nach 1), also nach dem Anfang der Ehe zu beurtheilen, dagegen die rechtlichen Wirkungen nach dem Tode eines Ehegatten nach 2). So der Inhalt eines Testaments, [nicht dessen Form]: die Thatsache, welche die Quelle des Erbrechts ist, ist nicht die Errichtung des Testaments allein, sondern der Tod des Testators muß hinzukommen. Ein vorher entstandenes Gesetz kann daher diese Wirkung verändern, [während die Erfordernisse seiner Existenz allein, nach dem damaligen Rechte beurtheilt werden]. — Die Anwendung des neuen Gesetzes [in den hierher gehörenden Fällen] hat eine Schranke in einem anderen Princip, das bei der Entscheidung eine Stimme hat. Iura quaesita sind stets facta praeterita, die durch die Anwendung des Gesetzes nicht geschmälert werden dürfen. Daher schadet eine kürzere Verjährungsfrist, [die das neue Gesetz einführt,] dem Kläger nicht (wenn der Gesetzgeber nicht selbst etwas Anderes verordnet hat), denn er hat eine Klage mit dieser Dauer erworben (außerdem wäre das widersinnige Resultat möglich, daß die Klage im Moment des Gesetzes schon verjährt wäre).[2] Aber auch nur

---

2) „Jedenfalls steht doch der Anwendung nichts entgegen, wenn die Zeit von der Publication an abgelaufen ist. Verjährung ist kein Theil des erworbenen Rechts. Eine nach der Publication nata actio ist dem Gesetz unterworfen, auch eine, deren Nativität früher begonnen hat.“ (Weder die ältere Meinung des Verfs. (im Text), noch die neuere (in dieser Note) ist unbedingt richtig. Das neue Gesetz, welches eine Klagverjährung abkürzt, verneint die Nothwendigkeit, nicht die Zulänglichkeit der älteren längeren Frist und ist daher in der Art anzu-

in diesen iura quaesita liegt die Schranke; wo sie nicht im Weg steht, findet das Gesetz Anwendung, z. B. bei einer kürzeren Usucapionszeit zum Nachtheil des Eigenthümers [gesetzt die Usucapionszeit betrug früherhin 10 Jahre, ein neues Gesetz reducirt sie auf 5 Jahre noch ehe die Usucapion vollendet ist; hier ist das Gesetz anzuwenden zum Nachtheil des Eigenthümers, weil er kein Recht darauf hat, daß seine Sache erst in 10 Jahren usucapirt werde]. Dies kann allerdings Inconvenienzen haben, und der Gesetzgeber wird wohlthun, sie vorzusehen. Der Richter kann nur etwa durch in integrum restitutio helfen, wenn sonst der Fall dazu geeignet ist, z. B. bei einer kürzeren Verjährungsfrist. Das Princip, daß keine Veränderung erworbener Rechte eintreten dürfe, ist ein anderer Ausdruck für die Nichtanwendung des Gesetzes auf facta praeterita. Es kann in der Thatsache im Ganzen, die ein Recht begründet, eine engere unterschieden werden müssen, die schon einen Theil des Ganzen hervorgebracht hat, die also in Beziehung auf diesen Theil des Rechts schon praeteritum factum ist.

3) Das neue Gesetz fällt zwischen die Thatsache und ihre rechtlichen Wirkungen, also die Thatsache für sich betrachtet ist factum praeteritum, die Wirkungen für sich sind facta futura. Die Entscheidung hängt davon ab, ob diese selbstständige Betrachtung möglich ist.

a) Hängen die Wirkungen nur mittelbar mit jener Thatsache zusammen, ihr unmittelbarer Entstehungsgrund ist ein anderer, späterer, so fallen sie unter die Herrschaft des Gesetzes, z. B. Veränderung im gerichtlichen Verfahren, [die für die gerichtliche Geltendmachung auch weit älterer und unter anderen Proceßgesetzen entstandener Forderungen gleichwohl normirt; solche Gesetze treten gleich in Wirksamkeit], Veränderung der Stelle, welche eine Forderung im Concurs hatte, bevor dieser eröffnet wurde; hier rangirt diese durchaus nach dem neuen Gesetze. [Wird also meine

wenden, daß 1) nicht mehr gefordert wird, als die volle alte Frist; 2) aber auch nicht weniger als entweder die volle alte oder neue, nach der Wahl des Beklagten, im letzteren Fall ohne Einrechnung der schon abgelaufenen Zeit. Z. B. eine 10jährige Verjährung wird nach 7 Jahren durch ein neues Gesetz auf eine 5jährige reducirt; hier ist der Kläger schon ausgeschlossen, wenn nach dem neuen Gesetz 3 Jahre verflossen sind; erscheint es nach 1 Jahr, so ist die Klage nach Ablauf von 5 Jahren nach der Publication, 6 nach der Nativität verjährt. v. Savigny, System VIII. S. 132. Die Meinung, daß eine proportionelle Rechnung eintrete (daselbst Note f), oder eine Culpa des Klägers erfordert werde (Note f des Lehrb.), ist ohne inneren Grund. A. d. H.)

Forderung, die nach den bisherigen Gesetzen in die zweite Classe gehörte, durch das neue Gesetz in die fünfte Classe verwiesen, so muß ich mir das gefallen lassen; denn die Entstehung meines Rechts, mit meiner Forderung in die zweite Classe zu treten, hängt nur mittelbar mit jenen Gesetzen zusammen, die eigentliche und unmittelbare Entstehung desselben ist die Eröffnung des Concurses.] Hier kann man nicht sagen, daß damit auch das factum praeteritum jener ersten Thatsache unter das Gesetz gezogen ist.

b) Hängen die Wirkungen unzertrennlich mit jener Thatsache zusammen, so daß ihre Beurtheilung nach dem neuen Gesetz eine Beurtheilung jener darnach wäre, so nehmen sie selbst die Eigenschaft der Vergangenheit an, die Anwendung des neuen Gesetzes fällt weg, z. B. eine später verbotene Schenkung ist in mehreren Terminen zu leisten; [im nächsten Termine macht nun der Schenker dies geltend, aber eine Anwendung des neuen Gesetzes findet hier nicht statt], die Stipulation ist Eine [und nur die Erfüllung soll in mehreren Terminen geschehen]. Eine Probe wird es sein, daß hier auch immer durch die Anwendung iura quaesita verletzt werden würden.[3]

Wir finden einige Entscheidungen in unserem geschriebenen Recht, die keinen Anspruch haben, maaßgebend zu sein und als Regeln zu gelten [weil sie abnorm sind]. Zunächst für Zinscontracte.[4] [Hier ist festgesetzt, daß sie unter das neue Gesetz fallen sollen, wenn dieses den Zinsfuß herabsetzt und die Prozente beschränkt.] Um kein ius quaesitum zu verletzen, müßten dem Gläubiger jedenfalls die höheren Zinsen gestattet werden bis zur Rückzahlung, wenn er sich nicht selbst dabei beruhigt (wie bei Herabsetzung der Zinsen einer Staatsschuld). — Dann für ein Dotalgesetz.[5] [Umgekehrt soll nämlich ein neues Dotalgesetz erst auf künftig gegebene dotes Anwendung finden]. Die Entscheidung ist innerlich begründet in Beziehung auf die Rechte, welche durch die Bestellung schon wirklich entstanden sind; diese sind nicht zu

3) Nach dem preußischen Landrecht hängt der Anspruch des Cessionars gegen den Cedenten auf Gewährleistung davon ab, daß jener nach Ablauf der Verfallszeit die Schuld sofort beigetrieben hat. Der Code Napoleon macht diese Bedingung nicht. — In einem Fall, wo die Cession unter der Herrschaft des Code geschehen war, hat der dritte Senat des Ober-Tribunals zu Berlin 11/5. 1844 das Landrecht fälschlich angewendet, weil es sich nur um die Ausübung (?) handle.

4) L. 27. C. de usur. (4, 32).

5) L. un. in. f. C. de rei ux. act. (5, 13).

verändern, nicht in Beziehung auf das gesammte Dotalrecht, da dieses zum Theil Wirkungen festsetzt, die erst die Ehe in ihrer ganzen Dauer hat [denn auf diese mußten die neuen Gesetze angewendet werden]. — Endlich [findet sich eine abnorme Entscheidung] für den Inhalt eines Testaments[6] [der nach den alten Gesetzen beurtheilt werden soll]; dieses ist gegen die Natur der Sache, da diese keine bei der Errichtung des Testaments schon vollendete Thatsache ist; [allein der Gesetzgeber hat gesagt, sein Gesetz solle erst von später errichteten Testamenten gelten].

Personen, auf welche das Recht anzuwenden ist.

§. 112.

Die Anwendung des Rechts auf eine Person bestimmt sich

1) durch das Territorium, auf dem das Recht gilt, und das Verhältniß der Person dazu. Dies enthält zwei Regeln: a) die Anwendung des Rechts ist auf ein Territorium beschränkt (dieser Bezirk ist für das gemeine Recht Deutschland überhaupt, für das Landesrecht das Land, für die weiteren Particularrechte die Provinz, die Gegend, der Ort. b) Das Recht ergreift alle Personen, welche auf dem Territorium in Rechtsverhältnissen stehen, und zwar ist nicht einmal das Domicil nöthig, sondern auch der bloße Aufenthalt hinreichend (also Einheimische und Fremde). Jenes Princip heißt das der Territorialität, es ist das jetzt geltende. Im Mittelalter war die Geltung der Rechte nicht eine territoriale, sondern eine persönliche. Die Mitgliedschaft im Staat, oder bei particulären Rechten die Abstammung, die Mitgliedschaft in dem Volksstamm, unterwarf auch den Privatrechten, ohne Rücksicht auf den Aufenthalt.

2) Ausnahmsweise bestimmt sich die Anwendbarkeit mancher Rechtssätze durch persönliche Qualitäten, wonach die Person einem gewissen Kreis von Personen angehört, für den das Recht allein bestimmt ist: ius speciale z. B. Adel, Frauenspersonen, Kaufleute.

3) Das Privatrecht, soweit es nicht ius speciale ist, ist auf alle Privatpersonen als solche anwendbar. Dahin gehört auch der Regent, insofern er in Privatrechtsverhältnissen steht, Eigenthum

6) Nov. 66. c. 1. §. 4. 5.

hat, Obligationen etc. So ist denn auch in mehreren Stellen des justinianischen Rechts entschieden. Damit scheint im Widerspruch L. 31. D. de leg.[1] Der Jurist hat dabei im Auge die Dispensation von gewissen Gesetzen, welche dem Princeps durch die lex de imperio ertheilt wird, z. B. von der lex Julia et Papia; s. die Inscription der Stelle. Im justinianischen Recht ist sie natürlich nicht mehr auf dieses specielle Gesetz, aber auf andere privatrechtliche Pönalgesetze ähnlicher Art zu beziehen. Die Compilatoren hatten wahrscheinlich überdies noch die Absicht, damit die anderen Entscheidungen zu contrastiren und diese als einen ganz besonders verdienstvollen Gerechtigkeitsact darzustellen.

Anwendung der Rechte verschiedener Territorien.

§. 113.

Das Princip der Territorialität kann vielfach einen Conflict zwischen den Rechten mehrerer Territorien veranlassen. Folgende Grundsätze können collidiren, 1) daß ein Recht innerhalb seines Bezirks, nicht außerhalb gilt; 2) die, welche in einem dauernden oder vorübergehenden Verhältniß zu diesem Bezirk stehen, werden nach dem Recht dieses Bezirks beurtheilt. Es kann sein, daß 1) und 2) in der Anwendung einander ausschließen. Eine Person kann a) in einem Bezirk zu Recht stehen, also darum nach dem Recht des Gerichtsorts zu beurtheilen sein; dies trifft mit dem Grundsatz 1) zusammen. Aber sie kann ferner b) ihr Domicil in einem anderen Lande haben; hier ist schon eine Collision, wenn die Rechte verschieden sind; c) in einem dritten Lande sich aufhalten; hier ist eine Collision dieses mit jenen beiden Rechten; d) in einem vierten Grundbesitz haben; hier ist eine Collision von vier Rechten möglich; e) in einem fünften den Contract geschlossen haben, aus dem sie klagt. Im letzten Falle ist eine Collision von fünf Rechten möglich: Recht des Gerichtsorts, des Domicils, des Aufenthalts, des Grundstücks, des Geschäftsorts. Die sonst gewöhnliche Theorie, welche man wegen der durch sie veranlaßten technischen Ausdrücke kennen muß, s. Note b des Lehrbuchs. Sie ist theils unzuverlässig wegen Ungewißheit der zu Grunde gelegten

---

1) L. 31. D. de legib. (1, 3): Princeps legibus solutus est, Augusta autem licet legibus soluta non est, principes tamen eadem illi privilegia tribuunt, quae ipsi habent.

Begriffe, theils unvollständig. — Wächter[1] nimmt als Princip den wahrscheinlichen Willen des Gesetzgebers an; eine Ansicht, die ebenfalls nicht auf eine sichere Entscheidung führt.

Ein gemeinsamer Fehler aller bisherigen Theorien ist, daß zwei Fälle: Rechte desselben Staats und verschiedener Staaten nicht unterschieden worden sind.[2]

Als oberster Grundsatz muß der oben sub 1 gegebene gelten, er ist der unmittelbare Ausdruck des Princips der territorialen Gültigkeit. Aus diesem folgt die Regel, daß jedes Gericht das Recht seines Bezirks anzuwenden hat. Diese Regel findet ihre reine Anwendung als solche gegenüber dem Recht eines anderen Staats. Also: der Richter hat bei der Entscheidung der vor ihn gebrachten Rechtsstreite das Recht seines Staates, nicht das anderer Staaten in Anwendung zu bringen, ohne Rücksicht auf die Person der Parteien. Diese Regel hat zwei Ausnahmen:

1) Wenn ein Fremder nach dem Recht seines Staates ein Recht schon erworben hat, noch ehe durch seinen Aufenthalt in dem diesseitigen das Recht dieses auf ihn anwendbar wurde, so muß dieses als ein fait accompli anerkannt werden. Das Gegentheil würde zur Folge haben, daß er vor jenem Moment rechtlos war, was nach den heutigen Zuständen absurd wäre, z. B. er war nach dem Recht seines Staates Eigenthümer einer Sache geworden, in dem unsrigen ist ihm der Besitz entgangen, er vindicirt sie; er hat nachzuweisen, daß er nach dem Recht seines Staates das Eigenthum erworben hat (mag dieses Recht mehr

---

1) Archiv für civ. Praxis XXIV (1841) S. 230—311. XXV (1842) S. 1—60, 161—200, 361—419.

2) (Dieser Unterscheidung stehen jedoch folgende Gründe entgegen: 1) die Frage, aus welchem Gesetz die Entscheidung zu entnehmen ist, gehört zur Interpretation der Gesetze, 2) es ist also zu untersuchen, ob das diesseitige Staatsgesetz das Rechtsverhältniß auch wirklich exclusiv bestimmen will? und dies ist 3) nicht bloß ausnahmsweise, sondern als Regel zu verneinen, insofern durch das heutige internationale Verhältniß auch die Rechte verschiedener Staaten gleichsam in Eines zusammenlaufen. Schon Huber, de conflictu legum (praelect. ad Pand. I. 3. §. 2.), obgleich ebenfalls von den Grundsätzen 1). 2) ausgehend, stellte als drittes Princip auf: rectores imperiorum id comiter agunt, ut iura cuiusque populi intra terminos eius exercita teneant ubique suam vim, wovon er nur ausnimmt quatenus nihil potestati aut iuri alterius imperantis eiusque civium praeiudicetur — quia, sicut leges alterius populi apud alium directe valere non possunt, ita commercio et usu gentium promiscuo nihil foret magis incommodum, quam si res certo iure validae, mox alibi diversitate iuris infirmarentur. Der Grundsatz 2), den der Verf. auf particulare Rechte desselben Staats beschränkt, ist daher auch unter verschiedenen Staaten anzuwenden. A. d. H.)

oder weniger dazu fordern, als das unsrige). Dies setzt aber voraus, daß das diesseitige Recht eine solche rechtliche Macht, wie er sie geltend macht, überhaupt anerkennt, außerdem darf der Richter seine Klage nicht annehmen. Wenn z. B. ein Plantagenbesitzer von den französischen oder spanischen Colonien oder ein Nordamerikaner mit einem Negersclaven nach Deutschland käme, so würde der deutsche Richter sein Eigenthum an dem Sclaven nicht schützen können.

2) Die Form eines Rechtsgeschäfts ist als gültig zu betrachten, wenn sie dem Recht des Orts seiner Errichtung entspricht, gleichviel ob der Handelnde dort einheimisch ist oder nicht, locus regit actum. Aber auch nur die Form. Hier entsteht die Frage, wie es zu halten sei, wenn das Geschäft nach jenem Recht ungültig, nach dem diesseitigen förmlich ist? Es ist hier ebenfalls gültig, denn es ist keine Nothwendigkeit, die Rechtsgeschäfte nach dem Recht des Orts zu errichten, so daß es ein Vergehen gegen die Gesetze wäre, die Form nicht zu beobachten. Es ist jenes eine positive Ausnahme, die nicht in einer inneren Nothwendigkeit gegründet ist, wie jene erste. Also wo es nicht die billige Aufrechthaltung des Geschäfts fordert, ist auf die Regel zu recurriren.

Wenn es sich dagegen handelt um verschiedene particuläre Rechte desselben Staates, so läßt sich jenes Princip, daß der Richter der Regel nach das Recht seines Gerichtsbezirks anzuwenden habe, nicht festhalten. Denn daß mehrere Gerichte sind, nicht bloß Eines für den ganzen Staat, ist lediglich eine Maaßregel der Justizverwaltung, die nicht mit der Verschiedenheit der Rechte zusammenhängt (etwas anderes sind Specialgerichte für gewisse Rechtstheile, z. B. Lehenssachen, Handelsrecht). Jenes zeigt sich darin, daß doch die verschiedenen Gerichte in Ein höchstes zusammenlaufen, zu dem sie Stufen sind.

Hier ist also ein anderes Princip nöthig. Dieses Princip muß in dem obigen Grundsatz 2) gesucht werden, in den Gründen der Unterwerfung der Personen unter ein Recht. Es sind vier: Domicil, Aufenthalt, Grundbesitz und Geschäfte. Unter diesen Gründen muß der erste als der stärkste erkannt werden, er unterwirft dem Recht am vollständigsten und umfassendsten. Dieser muß daher die Regel bilden.

Die Regel also ist: die Rechtsverhältnisse einer Person werden nach dem Recht ihres Domicils beurtheilt. Nun können

mehrere Domicile concurriren: 1) Gleichzeitige Concurrenz mehrerer Domicilia: a) Rechtsverhältnisse unter mehreren Personen verschiedenen Domicils, sofern eine Trennung nicht möglich ist, also sofern es sich um einen Punkt handelt, der nicht bei der einen Person anders als bei der anderen entschieden werden kann, sind nach dem Recht des Domicils des Verpflichteten zu beurtheilen, bei Successionen nach dem des Auctors. b) Bei derselben Person wird das Recht desjenigen Domicils angewendet, mit dem das Rechtsverhältniß zusammenhängt (auf das es sich als seinen örtlichen Mittelpunkt bezieht) [z. B. wenn ein Kaufmann zwei Etablissements in verschiedenen Städten hat].

2) Successive Concurrenz mehrerer Domicilia. Veränderung des Domiciliums: z. B. Rechte der Ehegatten; ferner der nach seinem bisherigen Domicil großjährig Gewordene zieht in eine Provinz, wo ein höheres Alter erforderlich ist oder umgekehrt. Dieser Fall ist gerade so zu entscheiden, wie bei dem Conflict des Rechts in Beziehung auf die Zeit. Schon erworbene Rechte werden nicht verändert, wohl aber tritt das Recht des neuen Domicils in Wirksamkeit, wenn die [den rechtlichen Anspruch] begründende Thatsache [im ersten Domicil] zwar angefangen, aber noch nicht vollendet ist. Z. B. Erbrecht der Ehegatten [ist nach dem Recht desjenigen Domicils zu beurtheilen, wo die Ehe aufgehoben ist, denn der erbrechtliche Anspruch wird erst durch den Tod erworben]; ferner ein schon entstandenes Dotalrecht, oder Gütergemeinschaft [ohne besonderen Contract] wird nicht verändert [durch den Wechsel des Domicils der Ehegatten, wenn es einmal eingeführt oder entstanden ist, denn das sind schon iura quaesita]. Dies ist allerdings ein bestrittener Punkt, aber im Grunde nur, weil man für die Aufrechthaltung außer dem Fall eines besonderen Contracts keine haltbaren Gründe zu finden wußte.

Ausnahmen von dem Princip des Domicils:

1) bei Rechten an Grundstücken entscheidet das Recht des Orts, wo sie liegen (statuta realia);

2) bei der Beurtheilung des Geschäfsacts das Recht des Geschäftsorts, locus regit actum. Dies gilt entschieden und durchgängig in Beziehung auf die Form. Für den Inhalt nur insofern er eine örtliche Beziehung haben sollte, was anzunehmen ist, wenn die Verbindlichkeit auch dort erfüllt werden sollte.

Viertes Buch.

Die Rechte an der eigenen Person.

Erstes Kapitel.

Das Recht der Persönlichkeit.

Entstehung.

§. 114.

Persönlichkeit, Rechtsfähigkeit, Möglichkeit von Rechten als Eigenschaft eines Subjects, ist Bedingung jedes Rechts. Sie äußert sich in der Erwerbung von Rechten an äußeren Gegenständen (wer mich als Eigenthümer anerkennt, anerkennt mich als Person). Aber auch in dem Subject selbst [ohne daß dieses thätig wird]: schon Person zu sein, ist ein Recht, Macht Person zu sein, Recht an der eigenen Person. Die Möglichkeit Rechte zu haben, ist selbst schon etwas wirkliches, eine Macht, noch ehe sie in anderen Rechten sich actualisirt hat. Dies Recht der Persönlichkeit läßt sich nur dem Menschen zuschreiben, um dessen willen die Rechte vorhanden sind. Die juristischen Personen sind nur Fictionen, um ein Subject für gewisse Rechte zu haben. Sie sind um der Rechte, nicht die Rechte um ihretwillen da. Wir können die juristische Person nicht ohne wirkliches Vermögen denken, sie hat keine davon unabhängige Existenz, daher kein selbstständiges Recht der Persönlichkeit. (Daher ist z. B. Ehre einer juristischen Person kein juristischer Begriff, es ist keine Injurie gegen sie denkbar, nur gegen ihre Repräsentanten.)

Die Menschen sind Personen. Dieses Recht der Persönlichkeit entsteht daher mit dem menschlichen Individuum.[1] Daher ist erforderlich:

1) Geburt. Die Persönlichkeit beginnt erst mit der gewissen und selbstständigen Existenz des Individuums. Der in utero

---

1) (Diese Darstellung des Verfs., obgleich die gewöhnliche, ist weder richtig noch consequent, s. §. 22 Note a des Lehrb. Geburt ist Entstehung der menschlichen Individualität, der Eigenschaft eines homo, pupillus u. s. w., nicht der Persönlichkeit, eines Rechts- und Vermögensmittelpunctes, die vielmehr durch

Befindliche ist Theil der Mutter. Nur wird in Fällen, wo es zu seinem Vortheil ist, die Geburt fingirt, wenn er nur schon concipirt, in rerum natura ist. Doch ist stets die Bedingung die nachherige wirkliche Geburt.

2) Geburt eines lebenden Wesens. Im Fall der Geburt eines todten Kindes war nie eine Person vorhanden.

3) Geburt eines lebensfähigen Wesens, Vitalität, d. h. die körperliche Ausbildung und Reife, daß ein Fortleben von der Mutter getrennt möglich ist, sei es auch aus einem anderen Grund sofort gestorben. Im Zweifel ist bei lebender Geburt die Vitalität anzunehmen, dem das Gegentheil Behauptenden liegt der Beweis ob. — Man hat neuerdings dies Erforderniß bestritten. Zwei Fragen sind jedoch nicht gehörig unterschieden. Manche frühere Juristen haben das Erforderniß auf Geburt im siebenten Monat schlechthin gestellt, dies ist unrichtig. Aber damit fällt nicht jenes Erforderniß weg. Es beruht auf innerer Nothwendigkeit. Ein unreifes Kind in jenem Fall der Unmöglichkeit des selbstständigen Daseins ist noch ein bloßer Embryo, noch keine eigentliche Geburt, sondern eine abnorme Absonderung. Sonst müßte auch der Abgang im ersten Monat Geburt sein. Es ist eine Fehlgeburt, Abortus, so gut wie die Todtgeburt.[2] Die Stelle L. 12. §. 1. D. de lib. et post.[3] spricht nicht von der Vitalität, sondern von Verletzungen bei der Geburt.

4) Geburt eines menschlichen Wesens. Ein Monstrum, (prodigium hat nicht denselben Sinn, [dies ist ein menschliches Wesen mit Abweichungen von der regelmäßigen Bildung]) ist keine Person. (Im römischen Recht ist die Vorschrift: als Geborenhaben kommt auch dies in Anschlag [in Bezug auf die Vortheile, welche damit für die Mutter verknüpft sind]. Dies ist keine Ausnahme von jenem Grundsatz.) — Man sagt gewöhnlich, der Kopf müsse entscheiden,

---

den status bedingt wird. Jene kommt daher in Betracht, wo dem Geborenen selbst die niedrigste Stufe der Persönlichkeit abgeht, L. 9. §. 1. D. ad l. Falc. (35, 2): Circa ventrem ancillae — partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur, ebenso beim filiusfamilias, L. 12. D. de lib. et post. (28, 2). Umgekehrt wird die Persönlichkeit, den Status vorausgesetzt, vor der Geburt angenommen, L. 3. D. si pars (5, 4): Antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei iura integra reservarent, L. 26. D. de statu hom. (1, 5). A. d. H.)

2) S. Note d des Lehrbuchs.

3) L. 12. §. 1. D. de lib. et post. (28, 2): Quid tamen si non integrum animal editum sit, cum spiritu tamen, an adhuc testamentum rumpat? et hoc tamen rumpit.

nach L. 44. D. de relig. (11, 7). Der Kopf sei die Hauptsache am menschlichen Körper, inde cognoscimur. — Civilrechtlich ist dies kaum je praktisch; wo ein wahres Monstrum ist, wird auch keine Vitalität vorhanden sein.

Aufhebung.

§. 115.

Die einzige Aufhebung des Rechts der Persönlichkeit ist nach gemeinem Recht der Tod.[1] Dieses kennt nicht den s. g. bürgerlichen Tod.[2]

Der Tod eines Menschen muß von dem bewiesen werden, welcher Ansprüche darauf gründet. Es kann geschehen, daß durch kein Beweismittel weder Leben noch Tod constatirt werden kann. Dieser Zustand heißt Verschollenheit. Er setzt natürlich Abwesenheit voraus, aber nicht jede Abwesenheit ist Verschollenheit. Die Praxis hat für diesen Fall eine gerichtliche Todeserklärung eingeführt, d. h. eine Präsumtion, die aber durch ein gerichtliches Decret ausgesprochen werden muß.

Erfordernisse sind nach gemeinem Recht 1) Verschollenheit. Dies Erforderniß muß hergestellt werden durch Edictalcitation. 2) Ueberschreitung des Alters von 70, oder bei später eintretender Verschollenheit, von 80 Jahren 2c., s. das Lehrbuch.

Es kann von Wichtigkeit sein, die Zeit des Todes zu bestimmen. Dies ist controvers, s. die verschiedenen Meinungen Note b d. Lehrb. Es kommt darauf an, welche Bedeutung man dem

1) (Der Tod nimmt den Menschen weg und hebt deshalb die Handlungsfähigkeit, den Besitz, die Familienverhältnisse 2c. auf; die abstracte Persönlichkeit dagegen, die Vermögenseinheit kann durch ein Naturereigniß so wenig zerstört werden, wie umgekehrt ein Naturverhältniß durch die civile capitis diminutio aufgehoben wird. L. 8. D. de cap. min. (4, 5). Nur da kann diese Vermögenseinheit als hereditas nicht fortbestehen, wo der status, also die Voraussetzung der Persönlichkeit gefehlt hat, z. B. beim filius familias, L. 20. §. 10. D. de H. P. (5, 3), L. 18. pr. D. de stip. serv. (45, 3). Der Verf. selbst hebt die Persönlichkeit der hereditas anderswo §. 47, 447 so nachdrücklich hervor, daß die Inconsequenz hier noch auffallender ist, wie bei der Geburt §. 114. A. d. H.)

2) (Die in der capitis diminutio enthaltene Umbildung der Persönlichkeit ist theils für das heutige Recht antiquirt, theils kann sie nicht als bürgerlicher Tod, d. h. Fiction des leiblichen Todes einer noch lebenden Person bezeichnet werden, denn daraus würde Beerbung folgen, die bei der capitis dim. ausgeschlossen ist. Das Gegentheil enthält auch Gai. III. §. 153. und L. 63. §. 10. D. pro soc. (17, 2) (aus denen man den „bürgerlichen Tod" gefolgert hat, z. B. — Scheurl, Beiträge S. 237 —) nicht. A. d. H.)

Decret beilegt, constitutive oder declaratorische. Im ersten Fall entscheidet die Zeit des Decrets. Aber diese höhere Wirkung sind wir nicht berechtigt ohne äußere Gründe anzunehmen, also in dubio die geringere, declarative. Hiernach also muß entweder die Zeit der Verschollenheit oder die des Alters entscheiden. Das Erste ist aber nur Ein Erforderniß, und nur das vorbereitende. Die Präsumtion besteht darin, daß er nicht älter geworden, nicht daß er bei der Verschollenheit gestorben ist, wenn dies auch in vielen Fällen das natürlich wahrscheinliche sein mag, z. B. während des Feldzugs nach Rußland, seit der Schlacht von N. hat man nichts von ihm gehört. Also entscheidet die Zeit des Alters.

Gewöhnlich giebt es particularrechtliche Bestimmungen, mit mehr oder weniger Abweichungen vom gemeinen Recht, die theils frühere Todeserklärung zulassen, theils die Wirkungen beschränken.

Der Tod kann gewiß sein, aber die Zeit ungewiß. Es können nun rechtliche Wirkungen davon abhängen, in welchem Zeitverhältnisse derselbe zu einem anderen Ereigniß steht, namentlich zu dem Tod einer anderen Person, dessen Zeit entweder gewiß oder auch ungewiß sein kann. Z. B. der Tod des Vaters und Sohnes beim mütterlichen Erbrecht, des Schenkers und Beschenkten bei donatio mortis causa, donatio inter virum et uxorem.

Die Regel ist, es hat keiner den anderen überlebt; wer also auf den früheren Tod einer Person einen Anspruch gründet, zu dessen Begründung der Beweis dieses Umstandes gehört, hat diesen Anspruch nicht, [wenn er den ihm obliegenden Beweis nicht führen kann]. Es wird daher alles von der Beweislast abhängen.

Bei einer Schenkung, die durch den Tod perfect wird oder convalescirt, wird, wenn sie schon vollzogen ist, der Erbe des Schenkers, welcher condicirt, den Beweis führen müssen, also die Schenkung bestehen bleiben. (Anders bei dem Schenkungsversprechen.)

Ist der frühere Tod einer von mehreren Personen zur Bedingung einer letztwilligen Disposition, eines Fideicommisses gemacht, z. B. si sine liberis decesserit heres, oder einer Pupillarsubstitution (dem der von zwei Unmündigen zuletzt versterben würde), und sie sind in derselben Gefahr umgekommen, so ist die Bedingung für erfüllt zu erachten (nach der Regel, daß wenn bei letztwilligen Geschäften ein dazu gehöriger Umstand in ambiguo

bleibt, für die Erfüllung zu sprechen ist). Nur nicht, wenn dieser Anspruch mit dem Erbrecht der Mutter collidirt.

Außerdem giebt es noch eine Präsumtion, die den Beweis ersetzt. Wenn Eltern und Kinder in gemeinsamer Lebensgefahr umgekommen sind, so ist zu vermuthen, daß die unmündigen vor, die mündigen nach den Eltern gestorben sind. — Man hat diese Präsumtion oft ungebührlich ausdehnen wollen.

Minderung.

Status und Capitis Deminutio.

§. 116.

Status, Capitis Deminutio sind antiquirte Rechtsinstitute S. das Lehrbuch.

Stufen der Persönlichkeit nach heutigem Recht.

§. 117.

Heutige Lehre vom Status. S. das Lehrbuch.

§. 118.

Noch im heutigen Recht giebt es eine privatrechtliche Gewalt einer Person über eine andere, die einen beschränkenden Einfluß auf die Rechtsfähigkeit des Unterworfenen hat, die väterliche Gewalt. Daher der Unterschied zwischen pater familias und filius familias. Dadurch entstehen zwei Status, zwei Stufen des Rechts der Persönlichkeit, Recht der Persönlichkeit überhaupt und Recht der selbstständigen Persönlichkeit. Diese letztere fehlt dem filius familias. Worin besteht seine Zurücksetzung?

1) Die Beschränkung ist eine privatrechtliche, sie wirkt zunächst nicht auf das öffentliche Recht. So das römische Recht,[1] welches eben bloß die privatrechtliche Bedeutung jenes Familienverhältnisses zu Grunde legt. Allerdings aber hat die Familie auch eine öffentliche Beziehung, und dadurch ist es zu rechtfertigen, wenn das öffentliche Recht eines Staats der Beschränkung auch auf sich einen Einfluß giebt. Die Familie gehört zu den Grundlagen der Staatswohlfahrt; es ist gerecht, daß wer in der Familie

---

1) L. 9. D. de his qui sui vel alieni iuris sunt (1, 6). Vgl. Beilage IX.

noch nicht selbstständig ist, auch im öffentlichen Recht nicht dem selbstständigen Bürger gleichstehe.

2) Die Beschränkung hat ihren Grund in der vermögensrechtlichen Beziehung der väterlichen Gewalt. Daher erstreckt sie sich nicht auf die reinen Familienrechte: Ehe, elterliches Verhältniß, Verwandtschaft.

3) Ihr Grund ist das Princip: der Vater erwirbt durch den Sohn, der Sohn ist eines selbstständigen Vermögens nicht fähig. Am einfachsten war die Festsetzung des älteren Rechts, daß er schlechthin vermögensunfähig sei. Nach neuerem Recht ist der Filiusfamilias der Vermögensrechte fähig, aber unfähig, darüber zu disponiren, sie sind seiner selbstständigen Verfügung entzogen durch das väterliche Recht der Verwaltung und des Nießbrauchs. Diese Beschränkung hat bewirkt, daß die Beschränkungen der Rechtsfähigkeit stehen geblieben sind, so weit sie auch als Folgen des neuen Princips aufgefaßt werden können, und dies ist fast bei allen der Fall.

Aus jenem Princip ergiebt sich, daß man nicht sagen kann, der Filiusfamilias ist des Vermögensrechts unfähig. Vielmehr verhält es sich umgekehrt, nur tritt die Fähigkeit außer Wirkung, soweit der Mangel eines selbstständigen Vermögens[2] ihrer Aeußerung entgegensteht.

Einzelnes:

1) Der Filiusfamilias hat Testamentifactio, aber er kann nicht selbst ein Testament machen.

2) Er kann sich verpflichten durch Verträge und Delicte, denn Schulden setzen kein actives Vermögen, noch weniger ein selbstständiges voraus. Besondere Ausnahmen von diesem Grundsatze sind: a) S. C. Macedonianum. Die Geschichte dieses Rechtssatzes ist wahrscheinlich folgende. Um jemanden zum Darlehensschuldner zu machen, muß man auf ihn Eigenthum übertragen. Also waren eigentlich Filiifamilias ausgenommen. Dies schien eine lästige Beschränkung; man hob sie durch die Bemerkung, daß das Darlehen iuris gentium sei, die patria potestas iuris civilis. Später aber zeigten sich bedenkliche Folgen dieser Umgehung; diesen

2) (Der Verf. meint unstreitig den Mangel einer selbstständigen Verwaltung, wie er auch nach Parbs a. a. O. S. 48 im mündlichen Vortrag gesagt hat. Indeß läßt sich auch der im Heft gebrauchte und nicht gebesserte Ausdruck zur Noth verstehen, wenn man den Nachdruck auf „selbstständige" legt. A. d. H.)

sollte das S. C. Macedonianum abhelfen. b) Die Pollicitation ist nicht wirksam ohne Zustimmung des Vaters. Die Verbindlichkeit aus der Pollicitation ist ein ganz singuläres Institut, dieses auch auf Filiifamilias auszudehnen, war kein Grund und unbillig.

3) Der Filiusfamilias kann als Beklagter vor Gericht auftreten, daher belangt werden. Execution setzt freilich selbstständiges Vermögen voraus. Jedenfalls ist sie möglich nach Befreiung von der väterlichen Gewalt. Aus gewissen Gründen haftet der Vater (s. §. 277).

4) Er kann erwerben, nach altem Recht nur als Repräsentant des Vaters, nach neuerem Recht erwirbt er für sich (ausgenommen vom Vater), regelmäßig aber hat der Vater Genuß und Verwaltung.

5) Als Kläger kann er auftreten in der Eigenschaft eines Procurators. In gewissen Fällen, wo Gefahr eines Verlustes, oder weiterer Verletzung besteht, wird er, ohne Auftrag, als präsumtiver Procurator des Vaters in dessen Abwesenheit zugelassen. In eigenem Namen kann er nicht klagen, nach altem Recht, weil er kein actives Vermögen hat, Klagen aber Vermögensrechte voraussetzen, nach neuerem Recht, weil er nicht die Verwaltung hat, Klaganstellung aber ein Verwaltungsact ist.

Daraus ergiebt sich eine Ausnahme, bei den Klagen, welche nicht zum Vermögen gerechnet werden, wie die Injurienklage und analoge, z. B. querela inofficiosi testamenti. Außerdem ist noch ausgenommen die Dotalklage einer Filiafamilias, wenn der Vater sie nicht anstellen kann oder will. Ferner die actio depositi und commodati, wenn der Filiusfamilias das Depositum 2c. gegeben hat (wenigstens da, wo kein Interesse des Vaters vorhanden ist. Diese hier sehr nahe liegende Möglichkeit des Mangels eines Interesses beim Vater ist der Grund der Ausnahme). — Die Römer gaben in solchen Fällen in factum actiones, weil sich dabei der Kläger nicht ausdrücklich ein Recht zuschrieb.[3] Im justinianischen Recht hätte dies nur einen Sinn, wenn damit gesagt sein sollte: alle Klagen, die so genannt werden, kann der Filiusfamilias anstellen. Dies ist nicht möglich, und darum ist diese Benennung für das neuere Recht ganz müßig.

---

3) L. 13. D. de O. et A. (44, 7): In factum actiones etiam filiifamiliarum possunt exercere.

Die Ausnahme der Popularklagen ist keine eigentliche, der Kläger tritt nicht in eigenem Namen, sondern als Repräsentant des Volks auf.

6) Mit dem Vater ist kein Rechtsgeschäft und kein Proceß möglich (s. §. 438, wo zugleich von der Modification durch concessio peculii gehandelt ist).

7) Sofern ein Filiusfamilias ausnahmsweise selbstständiges Vermögen hat, gilt er wie ein Paterfamilias in dieser Beziehung, es fallen also alle diese Beschränkungen weg. So bei bona castrensia vel quasi, theilweise bei den irregulären Adventicien (s. §. 435, 437).[4]

Ehrenminderung.

§. 119. 120.

Die Rechtsfähigkeit ist kein reines Recht, keine bloße Macht, worin die Willkühr liegt, sie zu gebrauchen oder nicht. Es ist vielmehr zugleich eine Pflicht, sie zu bewahren und auf ihre Anerkennung zu dringen. Diese Pflicht hat der Mensch nicht als einzelner, sondern als Glied einer Rechtsgenossenschaft, deren allgemeiner Wille ihm das Recht der Persönlichkeit giebt, gleichsam anvertraut, und der er für ihre Aufrechthaltung verantwortlich ist. Von dieser Seite heißt die Rechtsfähigkeit Ehre, existimatio. Die Ehre als Bürger des Staats, allgemeine bürgerliche Ehre, die Ehre als Glied einer Corporation oder eines Standes, Standesehre. Die Erfüllung jener Pflicht schließt einen rechtlich unbescholtenen Lebenswandel ein (honeste vivere), sie giebt der Person die sittliche Achtung in den Augen ihrer Rechtsgenossen; die Schmälerung dieser Achtung durch einen der persönlichen Stellung unwürdigen Wandel schmälert die Ehre und damit die Rechtsfähigkeit.

Die Ehrenminderung ist Minderung der Rechtsfähigkeit, Verlust der Ehre, Verlust der Rechtsfähigkeit. Der letzte Fall fällt im gemeinen Recht weg für die bürgerliche Ehre, die Ehrenminderung dagegen ist ein Institut des gemeinen Rechts, theils aus dem römischen, theils aus dem einheimischen Recht.

Aus dem obigen ergiebt sich, daß die Ehre ursprünglich dem öffentlichen Recht angehört, nicht dem Privatrecht. Denn die

4) Die Exegese der einschlagenden Stellen s. in Beilage IX.

mit der Rechtsfähigkeit verbundene Pflicht, die sie zur Ehre macht, ist eine öffentliche, nicht eine private. Daher ist mit der privatrechtlichen Stufe der Rechtsfähigkeit, dem Recht der selbstständigen Persönlichkeit, keine Ehre verknüpft; es existirt keine Pflicht, Paterfamilias zu bleiben. So war im römischen Recht die Ehre verbunden mit der politischen Civität, ius suffragii et honorum.

Aber die Ehrenminderung hat auch privatrechtliche Wirkungen erhalten. Dadurch ist also die Ehre ein Privatrechtsinstitut geworden. Dies hat die Folge gehabt, daß auch mit der privatrechtlichen Stellung eine Ehre verknüpft ist. Das Recht der Persönlichkeit giebt einen Anspruch auf achtende Gesinnung, soweit ein solcher als rechtlicher Anspruch aufgefaßt werden kann, d. h. die Aeußerung einer verächtlichen Gesinnung ist als Verletzung der Persönlichkeit aufzufassen. Daraus folgt sodann, daß eine verdiente Verachtung, eine Verächtlichkeit der Person selbst, den Inhalt des Rechts der Persönlichkeit schmälert, also die (Privat-)Rechtsfähigkeit verringert. Dies hat die Wirkungen, die im Lehrbuch §. 119 angegeben sind.

Im römischen Recht kommt eine doppelte Ehrenminderung vor: 1) die natürliche, welche die Folge einer verächtlichen Handlung oder Zustandes ist, wodurch sich jemand dem sittlichen Urtheil seiner Rechtsgenossen gemäß der Unbescholtenheit verlustig, der vollen Anerkennung seiner Persönlichkeit unwürdig macht. Nota, turpitudo. Levis nota, um einen geringeren Grad, nicht eine Ehrenminderung anderer Art zu bezeichnen (s. g. infamia facti). Diese gehört auch dem heutigen Recht an.

2) Die rein juristische, Ehrenminderung vermöge bestimmter Rechtsvorschrift, die sie als Folge gewisser Handlungen oder Zustände eintreten läßt, entweder ipso iure oder vermittelt durch eine Verurtheilung; dies ist die infamia (iuris). Darüber s. §. 120 des Lehrbuchs, wo die römische Theorie vorgetragen ist. Für das heutige Recht giebt es auch eine solche Infamia, aber dieses ist nicht die römische, wiewohl häufig die Grundsätze dieser theilweise darauf angewendet sind. Die römische Infamia ist vielmehr ein antiquirtes Institut. Wegen der deutschrechtlichen aber ist auf das Deutsche Recht zu verweisen.[1]

1) (S. Eichhorn K. F., Einleitung in d. deutsche Privatrecht (5. Aufl. 1845) §. 83—90. Gerber, System des deutschen Privatrechts (4. Aufl. 1853) §. 39—42. A. d. H.)

Viele haben eine dreifache Ehrenminderung angenommen: 1) infamia (iuris), 2) infamia facti oder turpitudo, 3) levis notae macula oder levis nota. Die Aelteren verstanden unter 3) die Anrüchtigkeit des Deutschen Rechts (Makel der unehelichen Geburt und einige Handthierungen). Später wollte man sie auch im römischen Recht finden, aber man wußte keinen bestimmten Begriff davon zu geben. In der That existirt keine von der turpitudo qualitativ verschiedene levis nota.

Schutz des Rechts der Persönlichkeit.

§. 121.

S. das Lehrbuch.

Zweites Kapitel.

Das Recht des Besitzes.

Begriff und rechtliche Natur des Besitzes.

§. 122.

Die Person tritt in Thätigkeit durch Unterwerfung äußerer Gegenstände unter ihre Herrschaft. In diesen Unterwerfungen bestehen alle übrigen Rechte außer dem Recht der Persönlichkeit.

Unter den äußeren Gegenständen ist einer, der zuerst der Person als Object einer Macht gegenübertritt, weil er einmal an sich ein der Person äußerlicher, von ihr unabhängig existirender ist, sodann aber die Bestimmung hat, vollkommen der Herrschaft hingegeben zu sein, was von keinem anderen in diesem Maaße gilt, die Sache.

Die Sache also ist der erste Gegenstand, durch dessen Unterwerfung die Person thätig wird. Daher folgt diese Unterwerfung im System unmittelbar auf das Recht der Persönlichkeit.

Dieselbe ist aber in doppelter Art denkbar. Die erste ist die factische, physische, natürliche Unterwerfung, factische Gewalt über die Sache, der Zustand, in dem eine vollkommene Einwirkung auf die Sache physisch möglich wird. Dies ist der Besitz. Die zweite ist die als Eigenthum anerkannte Macht über

die Sache, die Herrschaft, die auf eine Weise erworben ist, der zu Folge der allgemeine Wille, das Recht, die Sache als eine der Person gehörende anerkennt. Bei dem Besitz sagt die natürliche Anschauung, bei dem Eigenthum die rechtliche, die Person hat Macht über die Sache. Besitz ist die vollständige natürliche, Eigenthum die vollständige rechtliche Unterwerfung einer Sache. Besitz und Eigenthum verhalten sich also wie Factum und Recht; Besitz kann als Ausübung des Eigenthums bezeichnet werden, er ist der factische Zustand, der dem Eigenthum als dem rechtlichen Zustand entspricht.

Beide können verbunden und getrennt gedacht werden.

1) Besitz und Eigenthum in derselben Person vereinigt. Hier kommt der Besitz als ein besonderes Verhältniß rechtlich gar nicht zur Sprache, als das rechtlich zu betrachtende tritt hier bloß das Eigenthum hervor. Wir setzen nämlich voraus, daß das Eigenthum nicht bloß existirt, sondern auch gewiß, bewiesen und unbestritten ist.

2) Das Eigenthum kann aber auch ohne Besitz bestehen. Die rechtliche Herrschaft bleibt mir, wenn mir auch die factische entgangen ist, ja ich kann Eigenthümer sein, ohne jemals Besitzer gewesen zu sein (z. B. durch Erbfolge, Vermächtniß &c.). Hier kommt für den Eigenthümer der Besitz zur Sprache als ein zu erlangender, der fremde Besitz als Verletzung des Eigenthums, der Eigenthümer vindicirt, um die Restitution des Besitzes zu erhalten.

3) Der Besitz kann auch ohne Eigenthum bestehen: der Besitzer ist nicht Eigenthümer, oder was dasselbe ist, sein Eigenthum ist ungewiß oder bestritten. Diese Existenz des Besitzes ohne Eigenthum ist, wie sich von selbst versteht, vor Allem eine natürliche Möglichkeit. Als natürlichen Zustand müssen wir ihn auch außer der Verbindung mit dem Eigenthum anerkennen. Wenn wir nicht weiter gehen, so ist der Besitz der rechtlichen Anschauung Unrecht, Verletzung des Eigenthums, und dieser Qualificirung kann er nur dadurch entgehen, daß er sich von einer Gestattung des Eigenthümers ableitet. Aber dann ist er nur scheinbar von dem Eigenthum getrennt, vielmehr anerkennt der Besitzer hier die Abhängigkeit seines Besitzes von dem Eigenthum, er ist nur durch das Eigenthum Besitzer, nur nicht durch das seinige, sondern durch ein fremdes. Der Besitz hätte hier keine Selbstständigkeit gegen

das Eigenthum. Eine wirkliche Trennung und Unabhängigkeit vom Eigenthum also wäre, wenn sie nur als eine natürliche Möglichkeit zur Sprache käme, immer als Unrecht zu bezeichnen.

Aber die Existenz des Besitzes ohne Eigenthum und unabhängig davon ist auch eine rechtliche Möglichkeit, d. h. der Besitz ohne Eigenthum und selbstständig gegen dasselbe (also abgesehen von einer Gestattung des Eigenthümers) ist ein rechtlicher Zustand, das Factum selbst ist ein Recht, Besitzrecht, Recht des Besitzes. Ein Recht, das in der natürlichen Unterwerfung der Sache besteht und sich so zwischen das Recht der Persönlichkeit und die rechtliche Unterwerfung der Sache einschiebt.

Wie erklärt sich dieser scheinbare Widerspruch, daß das Factum Recht ist? Daß z. B. der Dieb, weil er Besitzer ist, ein Recht haben soll, scheint der ungebildeten Anschauung völlig unnatürlich. Viele haben sich an der Lösung versucht, besonders seit die Theorie des Besitzes durch das Werk von v. Savigny im Einzelnen so genau und vortrefflich ausgeführt und festgestellt worden ist.

Manche haben jene Thatsache: das Factum ist Recht so verstanden: die natürliche Unterwerfung sei rechtlich. Das würde heißen, Eigenthum, nur etwa unvollkommenes oder provisorisches. Damit wird in der That der Besitz negirt (man verliert den Begriff der natürlichen Unterwerfung), nicht erklärt. Nun wäre es erst recht absurd, den Dieb als Besitzer anzuerkennen. — Andere haben sich mit dem äquivoquen Ausdruck helfen wollen: anfangendes, werdendes Eigenthum. Das heißt, der Besitz liegt auf dem Wege zum Eigenthum; man muß aber nicht bloß fragen, wohin? sondern auch woher? und in der Antwort auf diese Frage muß man den Grund der Dinge suchen. — Andere haben in einer Art Verzweiflung die Thatsache ganz geleugnet. Der Besitz sei kein Recht. Aber Besitzverletzung ist Rechtsverletzung. Nur soviel ist richtig, daß der Besitz die Eigenschaft als Recht nicht für sich hat, sondern sie von einem anderen Recht entlehnen muß, unter dessen Schutz er sich begiebt.

Das Recht, von dem der Besitz seine rechtliche Natur erhält, kann nicht das Eigenthum sein, denn er soll ja gerade selbstständig gegen dieses sein. Von dem Standpunkte des Eigenthums aus ist er vielmehr bloß Unrecht. Wir müssen also vielmehr vom Eigenthum abstrahiren, um die rechtliche Grundlage des Besitzes

zu finden. Wir müssen ohnedies die Begründung nicht vorwärts, sondern rückwärts suchen.

Die Anerkennung des Besitzfactums als Recht beruht auf dem rechtlichen Gehalt, den die Persönlichkeit des Besitzers auch der bloßen natürlichen Unterwerfung giebt. Diese Persönlichkeit fordert, daß der Besitz geschützt werde, bis ein Recht an der Sache nachgewiesen ist. Wer das Besitzrecht geltend macht, macht eben diese Deckung der natürlichen Gewalt durch die Person geltend. Er will seinen Willen als den einer Person anerkannt wissen (er will seinen Willen haben), der Wille hat sich selbst zum Gegenstand, das Besitzrecht ist ein Recht an der eigenen Person. Es ist das Recht der Persönlichkeit in seiner Anwendung auf die natürliche Unterwerfung der Sachen. Im Besitz wird die subjective Möglichkeit eines Rechts geschützt.

Dadurch wird die Thatsache vollkommen erklärt, es kann nicht mehr auffallen, daß wir auch dem Dieb dieses Recht zusprechen (und ihn darin Anderen gegenüber schützen), denn der Dieb hat seine Persönlichkeit nicht verwirkt. Es erklärt sich daraus ferner, daß der Schutz des Besitzes stets einen provisorischen Charakter hat, der Besitzer weicht dem Berechtigten, wenn es zum Streit über das Recht an der Sache kommt. Endlich der Umstand, daß nur der Besitz mit dem animus domini diese Wirkung hat, s. d. folgend. §. Dadurch widerlegt sich auch die Meinung, daß der Besitzschutz bloß in einer willkührlichen Erwägung, daß man Selbsthülfe verdrängen müsse, oder darin seinen Grund habe, daß seine Verletzung eine Gewalt, also ein Delict sei (so v. Savigny). Denn einmal ist das letztere ganz unrichtig, und dann würde daraus folgen, daß auch der Besitz ohne animus domini geschützt werden müßte.

Nun läßt sich das systematische Verhältniß von Besitz und Eigenthum auch so ausdrücken. Besitz ist die noch unter dem Schutz, gleichsam der Gewalt des Rechts der Persönlichkeit stehende, Eigenthum ist die davon emancipirte, auf eigenen Füßen stehende Unterwerfung der Sache.[1]

---

1) (In dieser Erklärung des Besitzschutzes zeigen sich die Folgen des zu §. 46 bemerkten systematischen Fehlers in dem von dem Vf. aufgestellten „Recht an der eigenen Person.“ Die Persönlichkeit als politische Freiheit ist unstreitig ein (öffentliches) Recht, ihre Verletzung Rechtsverletzung, ihr Schutz ein allgemeiner (§. 121 des Lehrb.). Die Persönlichkeit als Willensfreiheit (Besitzwille, animus) kann dagegen nach dem Rechtsbegriff §. 30 „ein Recht einer

Die Doppelnatur des Besitzes, daß er etwas factisches und zugleich ein Recht ist, hat bei der Theorie des Besitzes sich wirksam erwiesen. Die Grundlage ist das Factische, aber die Consequenzen dieses Princips sind zuweilen modificirt. Erweiternde Modificationen: es wird Besitz angenommen, wo factisch keiner, und beschränkende: kein Besitz, wo factisch Besitz ist.

Von dem Recht des Besitzes ist zu unterscheiden das Recht zu besitzen (wie Recht des Eigenthums und Recht, Eigenthümer zu sein oder zu werden). Dies letztere ist eine in einem anderen Recht liegende Befugniß, die von dem wirklichen Besitz unabhängig ist, der Nichtbesitzer kann sie haben, der Besitzer kann sie entbehren. — Hier ist von dem Recht die Rede, das mit dem Besitze verknüpft ist; das Recht zu besitzen ist ein Recht, dessen Gegenstand der Besitz ist.

Arten des Besitzes.

Nach seiner ursprünglichen Natur.

§. 123.

Die Unterscheidung verschiedener Arten des Besitzes ist zum Theil in seiner natürlichen Beschaffenheit selbst gegründet (Verschiedenheiten, die der Betrachtung von dem rein natürlichen Standpunkt sich aufdringen), zum Theil ist sie exoterischer Natur, beruht auf einer juristischen Zuthat zu dem reinen Factum des Besitzes.

Der Besitz besteht aus zwei Stücken: corpus und animus, die beide wesentlich sind. Jeder Besitz setzt einen auf die Sache und ihre Unterwerfung gerichteten Willen voraus, animus pos-

---

Person ist die rechtliche d. h. durch das Recht, den allgemeinen Willen anerkannte Macht über einen Gegenstand", den der Vf. hier seinem System opfert, kein Recht, die Besitzverletzung keine Rechtsverletzung sein, sonst müßte auch der fehlerhafte Besitz gegen Störung durch den zuerst Verletzten geschützt werden. Der richtige Grund des Besitzschutzes ist folgender. Die rechtliche Ordnung besteht in der Unterordnung des persönlichen Willens unter den allgemeinen, aber auch nur unter diesen, (das Gesetz), nicht unter einen anderen persönlichen Willen. Die Willensverletzung durch diesen ist also eine Gewalt (necessitas imposita contraria voluntati), die der Besitzer vertreiben kann, so daß der Besitz geschützt werden muß, nicht weil er ein Recht, sondern obgleich er kein Recht ist. Vergl. Bruns, Recht des Besitzes (1848) S. 18. A. d. H.)

sidendi. Dieser Wille wird zum Besitz, wenn das körperliche Verhältniß hinzutritt, welches eine Ausführung dieses Willens ist, von der Beschaffenheit, daß der Wille wirklich Effect hat, also die Möglichkeit der beliebigen Einwirkung auf die Sache enthaltend. Dieses Corpus kann verschiedene Formen annehmen z. B. Halten mit der Hand, Sitzen, Stehen auf oder an der Sache, Verschluß der Sache u. s. w. Diese Verschiedenheit begründet nicht verschiedene Arten des Besitzes. Denn das Wesentliche ist die natürliche Unterwerfung, die factische Gewalt, die durch jene zufälligen Formen nur vermittelt wird, und diese ist überall dieselbe. (Man könnte hierher die Eintheilung in wirklichen und fingirten Besitz rechnen wollen; aber der fingirte Besitz ist keiner, nur die Annahme gewisser Folgen des Besitzes ohne Besitz. Noch weniger gehört hierher die in natürlichen und symbolischen Besitz, denn es giebt keinen symbolischen Besitz).

Kein Besitz kann ohne animus, aber der Wille kann mehr oder weniger vollständig sein. Der vollkommene Besitzwille ist der auf die Totalität der Sache gerichtete, die Sache vollständig ergreifende Wille, animus rem[1] sibi habendi (sibi, nicht alteri), animus domini, der die Sache sich zueignende, und zwar total sich zueignende Wille, der eben dadurch factisch dem rechtlichen des Eigenthums vergleichbar ist (nicht animus dominii, nicht auf Eigenthum, sondern auf vollständige *factische* Aneignung gerichteter Wille ist erforderlich, noch weniger opinio dominii).

Nun läßt sich aber das körperliche Verhältniß des Besitzes ohne diesen vollständigen animus denken, ohne den Willen die Sache total für sich zu haben, mit dem Willen also, sie für einen partiellen Zweck zu haben. Dieser Wille schließt einen fremden animus domini, einen fremden Besitz nicht aus, er verträgt sich damit, ja er setzt ihn in sofern voraus, als der partielle als solcher nur neben dem totalen erkennbar ist in seiner Beschränkung. Der Besitzer hat die Sache nicht total für sich, also hat er sie zugleich für einen anderen, er besitzt sie alieno nomine, er übt einen fremden Besitz aus.

So macht die Verschiedenheit des animus zwei verschiedene Arten des Besitzes: Besitz mit und ohne den animus domini. Jener ist der eigentliche Besitz, possessio, possidere, dieser hat

---

1) (Rem, nicht blos usum, fructus, possessionem. A. d. H.)

das körperliche Verhältniß mit ihm gemein, daher naturalis possessio, corporaliter tenere, tenere, Detention, natürlicher Besitz. Nicht der Detentor besitzt eigentlich, sondern er ist in einem (fremden) Besitz, daher in possessione esse z. B. Usufructuar, Pächter, Commodatar, Depositar, Mandatar u. s. w.[2]

Der Besitz, der ein Recht ist, ist nur der Besitz mit dem animus sibi habendi oder domini. Denn nur bei ihm entspricht der Wille vollkommen dem körperlichen Verhältniß, und deckt es. Nur dieser Besitzer kann sich für das Factum des Besitzes auf seine Persönlichkeit berufen. Der juristische Besitz heißt noch von dem Schutz: Interdictenbesitz. Der Detentor wird nicht als Besitzer geschützt, weil er einen fremden Besitz anerkennt, dem er dient. — Der Unterschied läßt sich auch so auffassen: corpus und animus kann sich vollkommen in derselben Person darstellen, aber auch getrennt, insofern ein Anderer im corpus für den Besitzer ist; der Besitzer hat den animus domini und ist im corpus durch einen Anderen, dieser hat nur das corpus des Besitzes, nicht den ihm entsprechenden animus, sondern einen den Besitz des ersteren anerkennenden animus.

In Folge juristischer Modificationen.

Einfluß der causa possessionis.

§. 124.

Die causa possessionis, der Rechtsgrund, auf den Jemand besitzt, die Veranlassung und das Motiv des Besitzwillens müßte eigentlich für die Besitzfrage gleichgültig sein. Für diese kommt es ihrem natürlichen Gehalte nach nur auf die Thatsache des Besitzes selbst an; dies ist als Regel anerkannt, s. die Stelle Note b des Lehrbuchs. Es ist eine juristische Modification, daß in einigen Fällen die Wirkung des Besitzes sich danach bestimmt.

1) Bei den possessorischen Interdicten. Die Regel ist auch hier, daß keine Rücksicht auf die causa possessionis genommen wird. Aber der Besitz, welcher eines der drei vitia possessionis hat, nützt nicht gegenüber dem, von welchem er vitios überkommen ist. Diese vitia sind: Gewalt, Heimlichkeit, prekäre Ueber-

2) L. 18. pr. D. de adqu. vel amitt. poss. (41, 2.)

lassung, violenta, clandestina, precaria possessio. Darauf beruht die Eintheilung in fehlerhaften und fehlerfreien Besitz, iniusta, iusta possessio. Dies ist die technische und gewöhnliche Bedeutung der Ausdrücke (vergl. Note d des Lehrbuchs).

2) Bei der Usucapion. Der Besitz kann durch seine Fortsetzung eine gewisse Zeit hindurch zum Eigenthum führen. Diese Wirkung hat aber nicht das bloße Factum des Besitzes, der einfache juristische Besitz. Bei jeder Usucapion ist bona fides, bei der ordentlichen eine usucapionsfähige Sache und eine iusta causa, iustus titulus, ein Rechtsgrund, der an sich geschickt ist, zum Eigenthum zu führen, erforderlich. Also hier ist die causa von Einfluß, die in diesem Falle mit „pro“ bezeichnet wird: possessio pro emtore, donato, herede, legato, suo. Ein solcher zur ordentlichen Usucapion geeigneter Besitz heißt possessio ad usucapionem, Usucapionsbesitz (auch bonae fidei possessio, ein Ausdruck, der aber zugleich eine allgemeinere Bedeutung hat). Er unterscheidet sich von dem einfach juristischen Besitz durch jene hinzukommenden rechtlichen Elemente: jeder Usucapionsbesitz ist juristischer, nicht jeder juristische ist Usucapionsbesitz. Von der Wirkung, die er vor dem einfachen juristischen voraus hat, heißt er possessio ad usucapionem, aber auch civilis possessio, im Gegensatz dazu die possessio ad interdicta naturalis. Diese Bedeutung der Ausdrücke ist ihrem sonstigen Gebrauch im römischen Recht vollkommen gemäß, z. B. obligatio civilis, adquisitio civilis. Bestätigt wird sie z. B. durch die beiden ersten in Note e des Lehrbuchs abgedruckten Stellen.[1] Von der richtigen Auffassung dieser Ausdrücke hängt die vollständig richtige Entwicklung der Theorie des Besitzes aus dem geschriebenen Recht ab. v. Savigny hat das Verdienst, dies vollkommen ins Klare gebracht zu haben. Vor ihm nahm man an, civilis possessio heiße der juristische Besitz, naturalis die Detention.

Es ist kein angenehmes Schauspiel, zu sehen, wie eine Reihe unserer Juristen unaufhörlich bemüht waren, den alten Irrthum ganz oder theilweise festzuhalten. Deswegen, weil, wenn diese Bedeutung wahr wäre, die Römer sich einer willkührlichen Abweichung von ihrer sonstigen Sprache schuldig gemacht hätten

---

1) Die Exegese dieser, sowie der anderen hierher gehörigen Stellen s. in Beilage X.

(s. die literarischen Notizen in Note e des Lehrbuchs). In der dritten dort angeführten Stelle[2] hat man gesagt, sei nicht von dem Usucapionsbesitz die Rede, darauf komme es bei der actio ad exhibendum nicht an, sondern civilis possessio heiße der Besitz mit dem animus domini, naturalis possessio der abgeleitete Besitz, überhaupt der ohne animus domini. Jenes ist eine falsche Behauptung. Ja L. 7. §. 3. D. ad exhib. (10, 4) sagt, die juristischen Personen können mit der actio ad exhibendum belangt werden, denn sie können besitzen und usucapiren. Dies zeigt, daß bei der actio ad exhibendum allerdings etwas darauf hätte ankommen können. Der Gedanke ist der: diese Klage, wie die rei vindicatio, die sie vorbereitet, wird sehr häufig zu dem Zwecke gebraucht werden, um einer Usucapion zuvorzukommen. So sagt nun L. 3. cit., der Beklagte ist, obwohl die Klage sehr häufig jenen Zweck haben wird, doch nicht bloß der Usucapionsbesitzer (civilis possessor), sondern auch jeder andere Besitzer, der Nichtcivilbesitzer (naturalis possessor). Der Jurist nimmt das Beispiel vom Faustpfandgläubiger, weil dieser gewiß niemals Usucapionsbesitzer ist.

In L. 2. §. 1. pro her.[3] werden civilis possessio und naturalis possessio gegenübergestellt, und von der letzteren bloß die Detention hervorgehoben. Daraus will man schließen, daß der Interdictenbesitz unter civilis possessio zu stellen sei. Dies Argument würde für v. Vangerow[4] zu viel beweisen, nämlich daß auch der Besitz des Pfandgläubigers hierher gehöre. Aber jener Schluß ist auch ganz unstatthaft. Aus der Stelle ist nichts zu entnehmen, als daß der Jurist den Interdictenbesitz ganz außer Frage läßt, weil es bei diesem auf eine causa gar nicht ankommt. Es ist von dem Besitz mit einer causa die Rede, dies ist der Interdictenbesitz als solcher nicht.

Die causa possessionis ist etwas Objectives, nicht auf dem bloßen Willen des Besitzers Beruhendes. Die römischen Juristen geben für die causa die Regel: es könne sie Niemand sich beliebig und einseitig verändern. Diese findet ihre Anwendung:

---

2) L. 3. §. 15. D. ad exhib. (10, 4.)

3) L. 2. §. 1. D. pro her. (41, 5): Quod vulgo respondetur, causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intelligatur.

4) Leitfaden Bd. I. §. 199. 2. b.

1) bei den Interdicten, z. B. vis, precarium;

2) bei der Usucapion, da wo eine causa dazu nicht geeignet ist, z. B. Besitz des beschenkten Ehegatten; insonderheit bei der alten pro herede usucapio, die selbst vor der gewöhnlichen Usucapion den Vorzug hatte, [daß man ohne bona fides usucapiren konnte. Hier war es wichtig, daß, wenn man schon im Besitze war aus einem anderen Grunde, z. B. pro emtore, man diese Causa nicht in eine andere verwandeln konnte]. v. Savigny[5] glaubt, jene Regel sei darauf beschränkt, mit Unrecht. Die Juristen erwähnen sie auch in jenen anderen Beziehungen. v. Savigny hat dagegen eingewendet, dies geschehe doch nur so, daß sie Fälle angeben, wo die Regel nicht anwendbar ist. Dies geschieht aber nicht aus dem Grunde, weil die Regel nur für die usucapio pro herede gilt, sondern aus anderen Gründen, deren Gebrauch die Anwendbarkeit im Allgemeinen voraussetzt.

Nämlich man darf folgende Fälle nicht unter die Regel bringen: 1) Veränderung durch ein neues Rechtsgeschäft, das eine causa hinzufügt, z. B. Kauf der ungültig geschenkten Sache, 2) Aufgeben des Besitzes, und neue Apprehension, 3) Verwandlung des natürlichen Besitzes in juristischen, denn hier/ist keine Veränderung der causa possessionis, weil vorher gar keine possessio vorhanden war. Nur bei der usucapio pro herede werden auch die Fälle einer Detention hereingezogen, als eine besondere, in der Beschaffenheit dieser Usucapion wohl begründete Ausnahme.

Abgeleiteter Besitz.

§. 125.

Juristischer Besitz ist der mit einem fremden Besitz unverträgliche. Dies ist der Besitz mit dem animus domini, rem sibi habendi, Willen der Aneignung der Sache; auf dem natürlichen Standpunkte nur dieser. Durch eine juristische Modification finden wir einen juristischen Besitz mit ausschließlichem animus possidendi, ohne daß er sich als animus domini bezeichnen läßt. Darauf beruht die Eintheilung in ursprünglichen und abgeleiteten Besitz. Der letztere ist es, der diese künstliche Modification in sich schließt. Der Fall ist der. Es soll und will Jemand eine

---

5) Recht des Besitzes (6. Aufl. 1837) §. 22.

Sache nur zu einem partiellen Zwecke haben, für einen fremden, als Sequester, oder einen eigenen, als Faustpfandgläubiger. An sich wäre dieser also nur Detentor. Aber es kann zu einem gewissen Zweck für nöthig befunden werden, daß der bisherige Besitzer seinen Besitz aufgiebt und somit jenen zum juristischen Besitzer macht. So beim Pfandgläubiger, zu dessen größerer Sicherheit. Bei dem Sequester, um den Besitz zu unterbrechen, und die Rechte, welche der bisherige Besitzer daraus ableiten könnte, zu beseitigen.

Dieser juristische Besitz gründet seine Eigenschaft als solcher nicht auf seine natürliche Beschaffenheit, sondern auf den Willen des Gebers, das Rechtsgeschäft, das ihn überträgt; von diesem leitet er seine Eigenschaft ab. Daher von v. Savigny sehr passend abgeleiteter Besitz genannt. (Der Wille des Besitzers ist [nicht auf die Sache sondern] auf den juristischen Besitz selbst gerichtet, dies setzt einen dagewesenen Besitz [des Gebers] voraus).[1]

Die Fälle sind die genannten beiden; bei dem Pfandgläubiger ist es die Regel, bei dem Sequester die Ausnahme, daß er juristischer Besitzer sein soll. Der Versuch einiger Juristen,[2] hier einen animus domini ausfindig zu machen, ist mißlungen. Er wäre nur auf Kosten dieses Begriffs selbst möglich.

Dagegen halte ich es allerdings für unrichtig, wenn v. Savigny noch zwei Fälle annimmt: Emphyteuta und Precarist (jener ist stets juristischer Besitzer,[3] dieser regelmäßig).[4] Die Meinung beruht auf einer nicht ganz richtigen Auffassung des animus domini (als animus dominii): es widerspreche ihm die Anerkennung eines fremden Eigenthums; nur die Anerkennung des fremden Besitzes ist mit dem animus domini unverträglich, er ist

---

1) (Im Heft eingeklammert. Sollte wahrscheinlich wegfallen. — Das Princip des abgeleiteten Besitzes ist: Uebertragung der Besitzrechte durch den juristischen Besitzer. v. Savigny (a. a. O. §. 9 Note 2, §. 23 Note 1) hat dies geläugnet, hauptsächlich wegen L. 10. D. de poss. (41,2), obgleich er die Cession der Interdicte auch bei dem Pacht unbedenklich zuläßt. Allein der abgeleitete Besitz ist selbst nichts Anderes als eine eventuelle Cession der Besitzrechte; daß diese nicht an jeden Detentor geschieht, liegt in der Natur des Pachts u. s. w. nicht in einer rechtlichen Beschränkung der Cessibilität. A. d. H.)

2) S. die literarischen Anführungen in Note d des Lehrbuchs.

3) (Dies pflegt allerdings aus L. 15. §. 1. D. qui satisd. cog. (2, 8), L. 25. §. 1. in fin. D. de usur. (22, 1) hergeleitet zu werden, aber beide Stellen sprechen nicht vom Besitz. A. d. H.)

4) (L. 10. §. 1., L. 13. §. 7. D. de poss. (41, 2), L. 4. §. 1., L. 22. pr. D. de prec. (43, 26). A. d. H.)

factische nicht juristische Aneignung. Der Wille des Precaristen ist auf vollkommene factische Aneignung gerichtet, die Widerruflichkeit hindert so wenig seine gegenwärtige Totalität, als die Furcht des Diebes, entdeckt und zur Herausgabe gezwungen zu werden.[5] Eben so total ist der des Emphyteuta, dieser hat sogar eine so vollkommene rechtliche Macht über die Sache, daß sie sich nur durch seine Verbindlichkeit und die Möglichkeit der Endigung von dem Eigenthum unterscheidet.[6]

Erwerb und Verlust des Besitzes.

Möglichkeit desselben.

§. 126.

Besonders bei der Erwerbung tritt jenes Zusammenwirken der factischen und rechtlichen Natur des Besitzes ein. Vor allem für die Frage der Möglichkeit. Von dem Besitze sind manche Personen und manche Sachen ausgeschlossen, beide zum Theil aus factischen, zum Theil aus rechtlichen Gründen.

In Beziehung auf die Personen.

§. 127.

Das Factum des Besitzes kann nur angenommen werden bei willensfähigen Personen, noch bestimmter bei solchen, die des bestimmten Besitzwillens fähig sind, nicht also bei juristischen Personen, Wahnsinnigen, Kindern.[1]

---

5) (Der Verf. übersieht, daß der Dieb den fremden Besitz verläugnet, während ihn der Precarist durch die Bitte um Ueberlassung anerkennt. Sonst würde auch beim Commodat und Pacht der Wille vollkommener factischer Aneignung angenommen werden müssen, um so mehr, als hier nicht einmal willkürliche Aufkündigung zu fürchten ist. A. d. H.)

6) (Auch in diesem Punkt geht der Verf. zu weit, da der Emphyteuta nach L. 71. §. 5. 6. D. de leg. I. (30), L. 3. §. 4. D. de reb. eor. (27, 9), L. 15. §. 26., L. 19. pr. D. de damno inf. (39, 2), L. 1. C. de iure emphyt. (4, 66) nur ein ius in re aliena hat, welches den eigenen juristischen Besitz ausschließt. Aber auch der Annahme eines abgeleiteten Besitzes würde entgegenstehen, daß der Grundherr für seinen Eigenthumsbesitz allen possessorischen Schutz entbehren würde. Das Richtige ist, mit Arndts (Note d des Lehrb.) Quasibesitz anzunehmen, nach Analogie der Superficies, nur mit dem Unterschied, daß bei dieser blos das Gebäude Gegenstand desselben ist. A. d. H.)

1) (Der Zusatz von Parbs a. a. O. S. 49. „Bei ihnen ist daher der Besitz schon um seiner factischen Natur willen ausgeschlossen; aber auch vom rechtlichen

Das Recht des Besitzes kann nur angenommen werden bei den Personen, welche eines activen Vermögensrechts fähig sind, nach altem Recht waren daher schlechthin filiifamilias ausgeschlossen, sie können für den Vater oder auch einen Anderen, nicht für sich Besitz erwerben, wohl aber Detention (denn das Factum des Besitzes ist bei ihnen möglich); daher eben als Repräsentanten. Nach neuerem Recht müssen sie, so weit sie Eigenthümer sein können, auch des Rechts des Besitzes fähig sein, aber auch nur so weit. Ex re patris können sie kein Eigenthum erwerben, daher auch keinen juristischen Besitz, daher an res peculiares nur Detention im Namen des Vaters.

So hat das Recht jene Beschränkungen um eine vermehrt, die von dem natürlichen Standpunkte aus nicht bestehen würde. Umgekehrt aber hat es dieselben unter Umständen beseitigt, und einen Besitz hervorgebracht, der vom natürlichen Standpunkte aus nicht existiren würde:

1) Möglichkeit des Erwerbs für natürlich unfähige Personen. Dadurch a) daß eine Repräsentation in einer sonst nicht statthaften Weise zugelassen wird, nämlich ohne den animus des Erwerbers: Beamte für die juristischen Personen, Vormünder für die Wahnsinnigen und Kinder, b) daß eine Ergänzung der unvollkommenen Willensfähigkeit bei Kindern angenommen wird, der Vormund durch seine Autorität die Besitzergreifung des Kindes wirksam machen kann. Es ist hier vor allem nicht ein Erwerb durch den Vormund gemeint, sondern durch das Kind. Sodann hat die auctoritas nicht ihre gewöhnliche, solenne Bedeutung, denn in dieser bekräftigt sie eine natürlich vollkommene Handlung, sie ergänzt einen juristischen Mangel, nicht einen natürlichen. Mit dieser wäre sie hier nicht nothwendig, sie muß eine natürliche Bedeutung haben. Wenn einem Kinde zwar der Wille, aber nicht der beharrliche egoistische Besitzwille zugeschrieben werden kann, so ist es denkbar, daß dieser annähernd durch fremde Direction, Autorität im natürlichen Sinn hervorgebracht wird. Ist man so weit gegangen, so muß man consequent noch einen Schritt weiter gehen. Die Eigenschaft des Tutor macht es nicht

Standpuncte aus" beruht auf einem Irrthum: nicht bei Kindern und juristischen Personen, sondern bei den folgenden der activen Vermögensrechte unfähigen ist der Besitz vom rechtlichen Standpunct ausgeschlossen, jenen wird der Erwerb sogar erleichtert, s. unter 1). A. d. H.)

aus; wenn die Autorität und Einwirkung von Dritten auf das Gemüth des Kindes dieselbe Wirkung hervorbringt, so muß derselbe Erfolg angenommen werden. Siehe die zweite Stelle der Note c des Lehrb.[2] (corpore quaeritur kann heißen 1) es ist noch nicht der volle animus, 2) corpus des Kindes, nicht des Vormundes). So ist die Stelle erklärt in der Note c d. Lehrb. citirten Abhandlung.[3] Eine andere Ansicht ist seit v. Savigny[4] vorherrschend geworden: Supposition der auctoritas tutoris. — Die Worte per tutorem wären unerträglich zu pressen, um den stillschweigenden Gegensatz auctoritas tutoris hineinzulegen, vielmehr liegt der Nachdruck offenbar auf tutorem, im Gegensatz a quacunque persona.[5]

2) Möglichkeit der Fortdauer, wo das Factum als solches nicht mehr existiren würde. Dahin gehört a) überhaupt die besondere Art, wie der Verlust bestimmt ist, wonach der Besitz fortdauern kann, während keine gegenwärtige körperliche Gewalt oder animus mehr vorhanden ist, insonderheit z. B. der Wahnsinn nicht den Besitz aufhebt. b) Ein Pupill kann den Besitz nicht animo verlieren ohne auctoritas tutoris, weil er ohne sie kein Recht aufgeben kann. Das Recht erhält also einen Besitz, der factisch betrachtet verloren wäre.

---

2) L. 3. C. de adquir. et ret. poss. (7, 32.)

3) Puchta im Rhein. Museum V. 3.

4) Recht des Besitzes S. 291 ff.

5) Vergl. noch Beilage XI. (Der Argumentation des Verf. steht entgegen, daß die Worte a quacunque persona 1) bloß enunciativ und 2) in einem völlig anderen Sinn und Zusammenhang stehen: donatarum rerum a quacunque persona heißt: sive ab excepta sive non excepta legis Cinciae persona. Fragm. vat. §. 293, 3) wie soll der Beweis jener Einwirkung des Dritten auf das Gemüth des Kindes geführt werden? — Diese Ausstellungen treffen aber nur seine Einwirkungstheorie, nicht seine Resultate. Wenn der Schenker oder Verkäufer einem Kinde den Besitz übergeben hat, so hat Jener ihn jedenfalls verloren; wollte man nun erst auf die Willensfähigkeit warten, damit dieses ihn erwürbe, so wäre die Sache inzwischen besitzlos, ja herrenlos, und dies wegen eines reinen Formfehlers. Lieber haben sich denn doch die römischen Juristen in einem solchen Fall zur Annahme eines Besitzerwerbs solo corpore entschlossen: L. 1. §. 4. 20. D. de poss. (41, 2), obgleich sie, re integra, vor vollzogener Schenkung den Abschluß des Rechtsacts wie der Uebergabe mit einem Sclaven des Infans anrathen. L. 26. C. de don. (8, 54). Der Grund der Anomalie liegt in dem in späterer Zeit mehr und mehr hervortretenden Bestreben, den Erwerb willenloser Subjecte zu erleichtern, L. 2. D. de poss. (41, 2), weshalb dieselbe auch nicht wie neuerdings (Anm. c des Lehrb. a. E.) wieder versucht ist, auf den Fall der Schenkung beschränkt werden darf. A. d. H.)

In Beziehung auf die Gegenstände.

§. 128.

Das Factum des Besitzes setzt eine Sache voraus, in Beziehung auf welche das körperliche Verhältniß und der animus möglich ist. Daher sind ausgeschlossen unkörperliche Gegenstände, ferner unter Umständen Theile. Die Möglichkeit eines Besitzes an Theilen kommt in Frage 1) für den Besitz mehrerer; können mehrere eine Sache pro diviso besitzen? 2) für denselben Besitzer; besitzt der Besitzer des Ganzen auch die Theile? Das Princip ist: Nur was ein gesondertes Dasein hat, kann auch besonders besessen werden, aber ein körperlicher Zusammenhang schließt das gesonderte Dasein nicht schlechthin aus. Entschieden ist kein Besitz möglich an integrirenden Theilen: Gebäuden ohne den Grund, Gliedern eines Thieres. Dies gilt für jene beiden Fälle: 1) Es ist kein Besitz Mehrerer pro diviso möglich; wenn man den Boden tradirte und ausdrücklich die Superficies ausnähme, so würde der Empfänger doch Besitzer des Ganzen werden. Aber auch 2) der Besitzer des Ganzen besitzt nicht diese Theile (nicht Haus und Boden besonders).

Ebenso entschieden ist Besitz möglich an den Theilen einer universitas rerum [distantium], körperlicher selbstständiger Sachen; die Verbindung ist nur eine intellectuelle. Ja nur an ihnen ist Besitz möglich, nicht an der universitas selbst.

Der zweifelhafte Fall ist der von körperlichen, aber nicht wesentlich zusammenhängenden Theilen, z. B. die Stellen eines Grundstücks, Materialien eines Hauses, Stein im Ring, Rad am Wagen.

Auch hier ist ein Fall als unstreitig auszuscheiden. Besitz [am bisherigen Theile] ist möglich, sobald eine Trennung eingetreten ist. Bei Grundstücken geschieht dies ohne Aufhebung des Zusammenhangs, indem eine Stelle als Grundstück für sich behandelt wird, und dies ist der Fall, sowie es für sich in Besitz genommen ist. Dies setzt natürlich Bestimmtheit des Objects voraus, es darf kein locus incertus sein. Anders ist es bei beweglichen Sachen, hier ist keine Trennung möglich, so lange der Zusammenhang besteht.

Der streitige Punkt ist, ob ein Besitz an einem solchen Theil während der Verbindung möglich ist?

1) Mehrere Besitzer pro diviso sind nicht möglich, denn das Corpus des Besitzes ist unmöglich. Dieses kann nur der Besitzer des Ganzen haben. Daher allerdings so, daß der Besitzer des Ganzen den Theil alieno nomine besitzt, z. B. der Commodatar fügt die fremde Sache der seinigen ein (berechtigter Weise), z. B. ich leihe Jemand ein Wagengestell zu seinem Wagen, einen Balken zu seinem Gerüst.

2) Die streitige Frage ist: ob der Besitzer des Ganzen auch die Theile besitzt? was namentlich für die Usucapion wichtig wird. — Die Entscheidungen des geschriebenen Rechts umfassen nicht vollständig die ganze Frage, man hat sie für zweideutig gehalten, deshalb ist es nothwendig, zunächst aus inneren Gründen die Antwort zu geben.

Dem Corpus nach steht nichts entgegen. Wenn das Ganze, so befindet sich gewiß auch der Theil in meiner physischen Gewalt, ja eher mehr, als wenn es getrennt ist. Daher gilt auch die actio ad exhibendum gegen den Besitzer des Ganzen (die nur beim Material eines Hauses und [den Pfählen] eines Weinbergs aus besonderen Gründen ausgeschlossen ist).

Auch der Animus wäre für sich möglich, aber er verkörpert sich nicht in dem Corpus, da dieses auf das Ganze geht. Es fehlt also an einer dem Besitz angemessenen Erkennbarkeit des Animus. Sowie aber dies Hinderniß wegfällt, wird der Besitz des Theils im Ganzen anzunehmen sein. Zwei Fälle sind zu unterscheiden:

1) Wer eine Sache in Besitz nimmt, besitzt nur das Ganze, nicht die Theile als besondere. Entweder ist sein Wille nicht auf die Theile als solche gerichtet, oder wenn zufällig auch, so ist dies doch nichts erkennbares.[1] Die Unterscheidungen zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen, die Manche haben machen wollen, sind ganz ungegründet.

2) Wer eine selbstständig und getrennt bestehende Sache besessen hat, hat den bestimmten auf sie gerichteten Animus gehabt. Dieser ist nicht verloren gegangen, wenn er sie einer anderen Sache eingefügt hat. Hier ist also der Fall, daß der Besitzer des Ganzen auch den Theil besitzt. Denn da er ihn schon vor dieser seiner Eigenschaft besaß, so muß er ihn auch jetzt noch besitzen, weil er ihn weder corpore (wenn er das Ganze besitzt) noch

1) L. 2. § 6. D. pro emt. (41, 4), L. 23. pr. D. de usurp. (41, 3).

animo verloren hat. Also usucapirt er fort. So wird denn auch ausdrücklich im römischen Recht entschieden.[2] Manche haben sich an die decem dies gestoßen, eine kleine Zeit, Disposition verstanden, Entscheidung der Billigkeit, während außerdem der Jurist den Besitzverlust ausgesprochen hätte. Aber es ist nur eine enunciative Bezeichnung des Falls, die decem dies sind das solenne Beispiel, das auch sonst in dieser Weise vorkommt.[3] Andere haben eine unvollkommene Verbindung angenommen, ohne Grund, da noch dazu zwei Bestandtheile, die Bedachung und die Mauern, die Träger des Ganzen als Beispiel genannt sind.

Eine andere Stelle[4] hat man für widersprechend gehalten; es werde hier der Besitz oder wenigstens der Usucapionsbesitz geläugnet. Nur der letztere. Aber die Stelle kann hypothetisch zu verstehen sein. Ferner läugnet sie die Usucapion nicht aus dem Mangel des Besitzes. Sie giebt den Grund nicht an. Am nächsten liegt vielmehr ein anderer Grund, namentlich res furtiva, ein Vitium, welches, wie Gajus sagt, bei der Usucapion fremder beweglicher Sachen sehr gewöhnlich ist. Die Erwähnung der Verbindung bezieht sich nur auf die actio ad exhibendum, welche dies zur gewöhnlichen Voraussetzung hat.

Das Recht des Besitzes schließt diejenigen Sachen aus, welche dem commercium entzogen sind. Der Besitz ist ein Vermögensrecht; nur diesem sind jene Sachen entnommen.

Das Recht hat aber wie bei den Personen nicht bloß Beschränkungen hinzugefügt, es hat auch Gegenstände des Besitzes hinzugethan, woran vom natürlichen Standpunkte aus keine Möglichkeit des Besitzes war. Dahin gehört vor allem der Besitz von Rechten, iuris quasi possessio (s. unten); ferner der Besitz von ideellen Theilen. Das Factum des Besitzes ist eigentlich an sich nicht möglich, weil eine physische Gewalt über etwas nur Gedachtes

---

2) L. 30. §. 1. D. de usurp. (41, 3): Labeo libris epistolarum ait, si is cui ad tegularum vel columnarum usucapionem decem dies superessent, in aedificium eas coniecisset, nihilominus eum usucapturum, si aedificium possedisset. Quid ergo in his, quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut in annulo gemma? In quo verum est et aurum et gemmam possideri et usucapi, cum utrumque maneat integrum.

3) L. 50. D. de minor. (4, 4).

4) L. 7. §. 1. D. ad exhib. (10, 4): Sed si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum; et ita Pomponius scribit, quamvis tunc civiliter non possideas.

nicht denkbar ist. Die Stellung des Besitzes in die Reihe der Rechte hat dahin geführt, wie ein Miteigenthum, so einen Mitbesitz anzunehmen. Also mehrere Besitzer, jeder zu einem quoten Theil. Aber der Animus muß auf den Theil gerichtet sein, und dies setzt zweierlei voraus: 1) solche quote Theile müssen durch ein juristisches Ereigniß entstanden sein (z. B. Kauf, Schenkung u. s. w.), sie sind nicht nach subjectiver Willkühr zu machen, 2) der Besitzer muß einen bestimmten Theil im Sinne haben, also jenen Theil kennen. Dies ist in der L. 32. §. 2. D. de usurp.[5] ausgesprochen. Was will mera subtilitate sagen? Die Entscheidung scheint doch nothwendig. Keineswegs. Aus dem Princip folgt nur, daß wir keinen zu einem quoten Theil als Besitzer bezeichnen können. Dieses wird wirksam, wenn sie gegen einander auftreten. Wenn sie aber einig sind, so muß jeder als Besitzer gegenüber einem Dritten gelten. Ihrer Usucapion wird also jene Nichtkenntniß nicht entgegenstehen. Der Fehler der Schlußfolgerung Labeo's liegt darin, daß aus der Prämisse: keiner besitzt zum Theil, geschlossen wird: sie sind alle Nichtbesitzer.[6]

Ausschließlichkeit des Besitzes.

§. 129.

Das Factum des Besitzes ist nicht möglich für Mehrere an einer und derselben ganzen Sache: plures eandem rem in solidum possidere non possunt. Keine Ausnahme ist es, daß natürlicher und juristischer Besitzer neben einander möglich sind, denn nur der letztere ist eigentlicher Besitzer, jener übt nur diesen Besitz aus. Ebenso wenig folgender Satz: der Faustpfandgläubiger ist juristischer Besitzer, der Verpfänder hört auf es zu sein; nur jener, nicht dieser hat die Interdicte. Aber der Verpfänder wird quoad usucapionem als fortbesitzend fingirt, im Interesse des Gläubigers, denn sonst würde das, was den Zweck der Sicherung hat, die Ursache der Zerstörung dieser Sicherheit in sich tragen. Dies

---

5) L. 32. §. 2. D. de usurp. (41, 3): Incertam partem possidere nemo potest. Ideo si plures sint in fundo, qui ignorent, quotam quisque partem possideat, neminem eorum mera subtilitate possidere Labeo scribit.

6) Vergl. noch Beilage XII. (Diese Annahme einer verwerflichen Subtilität Labeo's bestreitet mit Recht Böcking, Einl. in die Pand. (1853) §. 124. S. 459 Note 11*, Grundriß des gemeinen Civilrechts (4. Aufl. 1852) §. 130. Note e S. 34. Vergl. die Bemerkung zu Beilage XII. A. d. H.)

ist kein Besitz Mehrerer in solidum. Nur der Gläubiger besitzt. Jene Fiction heißt nur, es soll ausnahmsweise die Usucapion ohne Besitz fortdauern.

Wohl aber gab es römische Juristen, welche eine juristische Modification jenes natürlichen Grundsatzes behaupteten, wenn Einer iniuste, der Andere iuste besitze, wie der precario accipiens und dans. Diese Behauptung hatte folgenden Grund. Bei den interdicta retinendae possessionis kann der siegen, welcher jetzt nicht besitzt, weil der Andere von ihm iniuste besitzt. Der Nichtbesitzer gilt also als Besitzer („retinet possessionem") gegen den, der iniuste besitzt. Dies drückten nun mehrere Juristen so aus: der iniustus possessor besitzt vom natürlichen Standpunkte, vom juristischen Standpunkte aber auch der Andere, der insofern als iustus possessor erscheint. Also ist iusta possessio und iniusta neben einander möglich. Der Fehler war, jene Behandlung, die in der Natur jener Interdicte liegt, als eine materielle Wirklichkeit zu stempeln, und daraus weitere Consequenzen zu ziehen über jenen Satz hinaus, z. B. wenn mir die Sache vi abgenommen ist, und du besitzest sie vi von dem Anderen, so siegt keiner mit dem interdictum retinendae possessionis, weil jeder Besitzer ist.

Im justinianischen Recht ist die Ansicht entschieden verworfen [und der iniustus possessor allein gilt als Besitzer].[1] Bloß aus Nachlässigkeit sind einige Spuren stehen geblieben. Vielleicht waren die Compilatoren anfangs selbst verschiedener Meinung gewesen.

Erwerb des Besitzes.

§. 130.

Zur Erwerbung des Besitzes gehört die Hervorbringung seiner beiden Elemente in der Person des Erwerbers. Erst ihre Vereinigung ist Besitzerwerb:

1) Der animus, welcher gewöhnlich vorausgeht.

2) Das corpus, Apprehension. Vor v. Savigny hatte man eine dem Wesen des Besitzes und dem geschriebenen Rechte gleich widersprechende Theorie: es sei körperliche Berührung der Sache

1) L. 3. §. 5. D. de adquir. poss. (41, 2).

erforderlich, bei beweglichen Sachen Ergreifen, bei Grundstücken Betreten. Als Ausnahmen seien aber symbolische Handlungen zulässig, z. B. Ueberreichung der Schlüssel, ferner manche deutschrechtliche Symbole, die man auf die römische Besitzlehre übertrug. Vor allem giebt es keinen symbolischen Besitzerwerb; eine symbolische Handlung würde nur eine symbolische Gewalt hervorbringen können, der Besitz ist aber eine wirkliche Gewalt. Ein Symbol ist nur denkbar für den geistigen, nicht für einen leiblichen Act; Symbol ist der sinnliche Ausdruck des Uebersinnlichen, nicht umgekehrt. Sodann ist die körperliche Berührung durchaus indifferent und irrelevant, Apprehension ist ohne sie und sie ist ohne Apprehension möglich.

Zur Apprehension ist ein körperlicher Act erforderlich, der das Resultat der factischen Gewalt über die Sache hat, ein körperliches Verhältniß zur Sache giebt, welches die Möglichkeit vollständiger und beliebiger Einwirkung enthält. [Wo nun dieses Resultat entstanden ist, ist Apprehension vorhanden; wie es aber entstanden ist, das ist gleichgültig.] Dieser Act kann körperliche Berührung sein, aber den Erfolg vorausgesetzt (z. B. nicht das bloße Betreten eines Grundstücks, das im Besitz eines Anderen ist). Ferner Ueberkommen der Schlüssel zu dem Behältniß, aber in dessen Gegenwart [denn wenn es in der Ferne geschieht, könnte man noch nicht sagen, daß eine beliebige Einwirkung auf die Sache hergestellt sei]. Ferner das Stehen an der Sache; in der Nähe der Sache, longa manu traditio; Custodia, die Sache in einem Gebäude haben, das in unserem Besitz, wo selbst die Gegenwart des Erwerbers überflüssig ist.

Der Besitz vergrabener Sachen, Schätze, wird erst apprehendirt, wenn sie bloßgelegt sind; vorher ist ihre Existenz nicht sicher, also kein Gegenstand eines bestimmten Animus, und auch keine Möglichkeit beliebiger Einwirkung vorhanden. (Etwas anderes ist es, daß der Besitz nicht durch Vergraben verloren geht, s. unten.) Der Besitz eines wilden Thieres ist apprehendirt, außer dem Fall des Einfangens, wenn es getödtet ist, vorausgesetzt die Möglichkeit beliebiger Einwirkung. Diese ist nie vorhanden bei der bloßen Verwundung, auch einer tödtlichen, quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus.[1]

---

1) L. 5. §. 1, L. 55. D. de adqu. rer. dom. (41, 1).

Regelmäßig wird der Animus der Apprehension voraus-gehen; er kann aber auch dem körperlichen Verhältnisse nachfolgen. 1) Das corpus ist möglich vor irgend einem animus, z. B. es hat Jemand in meiner Abwesenheit ein Geschenk bei mir in meiner Wohnung niedergelegt, oder an einen Dritten überliefert, der nicht von mir dazu beauftragt ist; 2) corpus vor dem animus domini, z. B. der Pächter kauft das Grundstück. Zur Erwerbung des juristischen Besitzes ist hier keine neue Apprehension nöthig, nur die Annahme des animus domini, brevi manu traditio, [Verwandlung des natürlichen in den juristischen Besitz].

[Die Besitzergreifung kann nun unter den Begriff der Occupation oder der Tradition fallen.] Die einseitige Besitzerwerbung, ohne Mitwirkung eines bisherigen Besitzers heißt Occupation. Wenn der bisherige Besitzer seinen Besitz einfach aufgegeben hat, und der Andere ergreift ihn, so ist dies noch immer Occupation. Geschieht der Besitzerwerb dagegen mit dem Willen des bisherigen Besitzers, der zu diesem Zweck seinen Besitz aufgiebt und dadurch den Erwerb möglich macht, so ist es Tradition. Dazu gehört 1) eine Handlung des Tradenten, wodurch er auf der einen Seite den Besitz aufgiebt, auf der anderen den Willen ins Werk setzt, daß ihn der Empfänger erwerben soll, sei es durch wörtliche Gestattung, oder durch thätige Erleichterung des Erwerbes; 2) von Seiten des Erwerbers ist alles erforderlich, was zum einseitigen Erwerbe gehört. Dazu kommt dann noch der Wille, den Besitz als einen von jenem verstatteten zu erwerben.

Die Tradition enthält nicht etwa einen derivativen Erwerb des Besitzes, einen solchen giebt es nicht. Keine Succession in den Besitz, in das Factum kann man nicht juristisch, sondern nur factisch succediren. Die Tradition enthält einen derivativen Erwerb, eine Succession, aber diese bezieht sich nur auf das Rechtliche, das sich mit dem Besitz verknüpft.

Erwerb durch Repräsentanten. Hier ist erforderlich:

1) Repräsentationsverhältniß (s. oben).

2) Apprehension durch den Repräsentanten. Das Corpus des Besitzes wird in der Person des Repräsentanten constituirt. Es kann aber sein, daß der Repräsentant schon vorher in dem körperlichen Verhältniß sich befindet, dann ist natürlich eine neue Apprehension nicht erforderlich; diese Art der Tradition heißt constitutum possessorium (s. nachher).

3) Wille des Repräsentanten, für den Anderen zu erwerben. Ohne diesen Willen handelt er nicht als Repräsentant, erwirbt daher dem Dominus nicht. In einigen Fällen ist dieser entgegengesetzte Wille nichtig und daher doch Besitzerwerb möglich. So bei einem Filiusfamilias. Soll dieser seinem Vater auf dessen Befehl erwerben, so sind drei Fälle des Ungehorsams möglich: a) er will für einen Anderen erwerben; kein Erwerb des Vaters; b) er will für sich erwerben, wo er dieses kann; ebenso; c) er will für sich erwerben, wo dies nicht möglich ist, ex re patris: Erwerb des Vaters.

Ein zweiter Fall, wo die Treulosigkeit des Repräsentanten nicht schadet, kommt bei der Tradition vor.[2] Der auf die Person des Dominus gerichtete Wille des Tradenten ist nicht nöthig, wenn der Repräsentant seine Schuldigkeit thut, er ersetzt nur jenen Mangel.

Der Wille des Repräsentanten ist ohne Apprehension hinreichend, den Dominus zum Besitzer zu machen, wenn der Repräsentant schon im Besitze der Sache war (constitutum possessorium). Der juristische Besitzer macht einen Anderen dazu, indem er künftig in dessen Namen besitzen will. Es ist Uebertragung des Besitzes durch Verwandlung des bisherigen juristischen Besitzes in einen natürlichen (umgekehrte brevi manu traditio), z. B. Verkauf der Sache und Pachtung derselben. Sowie die Parteien übereinstimmen, ist die Tradition geschehen, da in diesem Augenblick der bisherige Besitzer als Repräsentant des neuen den Besitz von sich selbst übernimmt. Ebenso wenn der Verkäufer erklärt, die Sache bis zum Abholen aufbewahren zu wollen (vorausgesetzt, daß der Wille auf sofortige Uebergabe ging). [Hier macht ihn seine Erklärung aus einem juristischen Besitzer zum Depositar; er bleibt aber Eigenthümer, falls der Kauf erst durch das Abholen perfect werden soll und das Geschäft bis dahin in suspenso bleibt.]

4) Wille des Erwerbers. Es giebt keine Vertretung im Animus, ignoranti possessio non acquiritur. Der specielle Vorgang kann ihm unbekannt sein, daher kann auch gesagt werden, possessio ignoranti acquiritur, [z. B. habe ich einen Procurator zur Besitzergreifung ausgeschickt, so werde ich Besitzer im Augenblicke seiner Apprehension.] Nur zur conditio usucapiendi

2) L. 13. D. de donat. (39, 5). Vergl. Note d 2) des Lehrbuchs.

gehört dies Wissen (s. §. 157). Der nöthige animus possidendi des Erwerbers liegt also in dem Auftrage oder Befehl. Dieser muß aber speciell auf den Besitzerwerb gerichtet sein. Daher erwirbt durch einen procurator omnium bonorum der Dominus Besitz erst mit seiner Ratihabition der Handlung. Auf der anderen Seite ist nicht zuviel in das Erforderniß des speciellen Auftrages zu legen; die Kenntniß des Mandanten von der [speciellen] Sache ist nicht nothwendig, dem Procurator kann die Auswahl [aus einem Genus] überlassen sein.

Von der Nothwendigkeit des Willens treten Ausnahmen ein: 1) bei Vormündern und Repräsentanten juristischer Personen (s. §. 127); 2) bei dem Peculium. Die concessio peculii also der allgemeine Wille ist hinreichend, um den Besitz zu erwerben. Hier gilt also vollkommen der Grundsatz possessio ignoranti acquiritur; auch für die Usucapion.

Verlust des Besitzes.

§. 131.

Man besitzt durch die Verbindung von Corpus und Animus. Durch das Wegfallen eines dieser Stücke wird der Besitz verloren, die wesentliche Verbindung zerstört, man kann nicht bloß animo oder bloß corpore besitzen.

Ueber das Aufhören dieser Elemente aber gilt eine besondere juristische Bestimmung. Von dem rein natürlichen Standpunkte aus müßte man sagen, so wie ihre Vereinigung in der Art, wie sie am Anfang gefordert wird, wegfällt, fällt auch der Besitz weg. Dann würde aber die längere Fortsetzung eines Besitzes unmöglich werden, die Besitzfrage hätte für die meisten Fälle (überall wo es nicht bloß auf das Moment ankommt) kein rechtliches Interesse. Daher ist bestimmt, der Besitz wird fortgesetzt, wenn gleich nicht Corpus und Animus fortdauern, wie von Anfang, bis für eines von beiden das Contrarium eingetreten ist.[1]

Der Besitz wird also verloren:

1) Corpore durch die Unmöglichkeit, den Zustand factischer Gewalt beliebig zu reproduciren, z. B. Verlieren einer Sache.

---

1) L. 153. D. de R. J. (50, 17). (Der Vergleichungspunct ist das contrarium, darauf liegt also der Nachdruck. A. d. H.)

[Wenn der Landmann einen Pflug über Nacht auf dem Felde stehen läßt, so hat er den Besitz an demselben noch nicht verloren, falls ihn nicht ein Anderer weggetragen hat. Verliert man etwas in seinem eigenen Hause, oder hat es nur verlegt, so dauert doch das Corpus noch fort, weil man die Sache noch in seiner Custodia hat, dagegen außer dem Hause geht der Besitz verloren.] Bei wilden Thieren ist das Corpus noch vorhanden, so lange sie eingesperrt, gefesselt, oder so gezähmt sind, daß sie wie z. B. Bienen und Tauben die consuetudo revertendi haben. An einem entsprungenen Thiere geht der Besitz nicht verloren, so lange es noch im Gesicht und die Wiedererlangung wahrscheinlich ist. Verloren wird das Corpus aber dadurch, daß die Sache integrirender Theil einer anderen wird; wird sie sonstiger [d. h. bloß äußerlich Theil einer anderen Sache], nur wenn das Ganze in den Besitz eines Anderen kommt, und dieser nicht etwa Repräsentant ist, s. oben.

Der besondere Grundsatz für den Besitz der Grundstücke, daß die Abwesenheit nicht den Besitzverlust involvirt, folgt schon aus der allgemeinen Regel. Dagegen kann der auf dem Grundstücke Anwesende den Besitz verloren haben, z. B. er ist eingesperrt. Daß der Besitzer in seiner Person abgehalten ist, auf sein Grundstück zu kommen z. B. durch Krankheit ꝛc., begründet ebenfalls noch keinen Verlust, so lange es von fremder Gewalt frei ist. Aber eine Singularität findet statt in Beziehung auf den Verlust durch Thätigkeit eines Anderen. Eigentlich ist der Besitz verloren, sowie ein Anderer sich der Sache bemächtigt (so bei beweglichen Sachen); aber bei Grundstücken ist eine Ausnahme, er geht nicht verloren ohne das Bewußtsein des Besitzers von der fremden Apprehension; also nicht, ehe er die fremde Apprehension weiß und sich willig oder gezwungen dabei beruhigt, d. h. nicht sofort wieder den Apprehendenten dejicirt. Der, dessen Bewußtsein erfordert wird, ist nicht schlechthin der Besitzer, sondern der den Besitz körperlich ausübt; daher der Repräsentant, wenn ein solcher vorhanden ist.

2) Animo erst durch den animus non possidendi, [denn dies erst ist das contrarium des Besitzwillens]. Die Fortdauer des bestimmten Besitzwillens ist nicht nöthig, z. B. Wahnsinn, Vergessen hebt den Besitz nicht auf. Daher können die, welche nicht wollen können, nicht animo den Besitz verlieren. Um den Besitz animo zu verlieren ist mithin ein Aufgeben des Besitzes

nothwendig, welches auch stillschweigend geschehen kann, [indem man eine Handlung begeht, die jenes voraussetzt]. Aber nicht jede Handlung, die sich mit dem Besitz nicht verträgt, ist ein solches, weil ja ein Irrthum die Concludenz ausschließen kann, [z. B. es stellt Jemand die Rei Vindicatio an; diese verträgt sich nicht mit seinem Besitze, daher könnte man sagen, er habe damit den Besitz aufgegeben; allein dies soll nicht so angesehen werden].[2]

Der Besitz kann durch Repräsentanten fortgesetzt werden, die im Namen des Besitzers im Besitz sind. Der Besitzer besitzt corpore alieno. Darum kann er animo suo den Besitz verlieren, aber nicht corpore suo, z. B. durch Dejection, während der Repräsentant im Besitze bleibt [verliert er nicht den Besitz]. Dagegen kann der Besitz corpore in der Person des Repräsentanten verloren werden:

1) Der Repräsentant kommt ohne seinen Willen aus dem corpus, z. B. durch Dejection; dies zieht den Verlust des Besitzes nach sich.

2) Der Repräsentant will dem Besitzer den Besitz entziehen. Der bloße Wille des Repräsentanten bewirkt nicht den Verlust, es muß noch eine solche Gestaltung des Corpus hinzukommen, die den Verlust bewirkte, auch wenn der Besitzer ohne Repräsentanten besäße. Die Treulosigkeit des Repräsentanten bewirkt, daß er in einem solchen Act gar nicht wie ein Repräsentant, sondern wie ein Fremder behandelt wird. Fälle sind: a) der Repräsentant nimmt den animus domini an; hier ist neue Apprehension nöthig, bei beweglichen Sachen Bemächtigung, wie beim furtum, bei unbeweglichen Behauptung gegen den Besitzer; b) der Repräsentant will im Namen eines Anderen besitzen, z. B. Verkauf und Pachtung von dem Käufer. Hier ist Apprehension von Seiten dieses nöthig, wie wenn kein Repräsentant da wäre; c) Aufgeben des Besitzes; dies kann er nicht, [denn er hat nicht über den animus zu disponiren und sein animus non possidendi gilt nicht]; aber auch Uebergabe der Sache an einen Dritten ist nicht schlechthin

2) L. 12. §. 1. D. de poss. (41, 2): Nihil commune habet proprietas cum possessione, et ideo non denegatur ei interdictum uti possidetis, qui coepit rem vindicare, non enim videtur possessioni renuntiasse, qui rem vindicavit. Der Jurist beseitigt zwei Gründe, von denen man glauben könnte, sie ständen dem Interdict entgegen: 1) die exceptio rei in iudicium deductae; darauf beziehen sich die Anfangsworte; 2) der animus non possidendi; darauf gehen die Worte: non enim etc.

Verlust. Bei beweglichen Sachen allerdings, weil die Apprehension auch nach Abzug der Thätigkeit des Repräsentanten diese Wirkung hat; nicht bei Grundstücken. Unter den römischen Juristen war darüber eine Controverse; Justinian hat die Ansicht vorgezogen, welche auch mit der Entscheidung der anderen Fälle im Einklang steht.[3]

3) Der Repräsentant hört auf, den Willen zu haben, den fremden Besitz auszuüben, so durch Wahnsinn, oder durch Tod. Hier ist das corpus nicht in contrarium actum, daher der Besitz nicht verloren. Ebensowenig durch Endigung des Repräsentationsverhältnisses, z. B. Ablauf der Pacht, Zurücknahme des Mandats. Bleibt der Pachter noch im Besitz, so ist er noch immer Repräsentant. Bleibt er nicht darin, so fällt allerdings das Corpus weg, wie es bei der Erwerbung sein müßte, aber dies involvirt noch keinen Verlust des Besitzes.

Wirkungen und Schutz des Besitzes.

Allgemeines.

§. 132.

Bisher ist die Theorie der Frage: wer ist Besitzer? behandelt worden. Diese Frage hat eine juristische Bedeutung durch die rechtlichen Wirkungen, welche mit dem Besitz verbunden sind. Diese sind der Eigenthumserwerb, insofern er entweder eine Folge des Besitzerwerbes selbst (Occupation, Tradition), oder der Dauer des Besitzes ist (Usucapion), die Publiciana, die possessorischen Interdicte. Diese Interdicte sind die reinsten Wirkungen des Besitzes, als eines Zustandes [und zwar, weil sie auf der einen Seite Wirkungen des Besitzes allein sind, während bei der Usucapion noch die Zeit hinzukommt, und auf der anderen Seite Wirkungen des reinen einfachen faktischen Besitzes, während die Usucapion und die Publiciana einen Besitz voraussetzen, der noch andere Elemente in sich trägt. Darum ist hier nur von den possessorischen Interdicten die Rede]. (Anders Tradition und Occupation).

Durch die possessorischen Interdicte wird der Besitz um seiner

---

3) L. 40. §. 1, L. 44. §. 2. D. de adqu. poss. (41, 2) vergl. mit L. 12. C. h. t. (7, 32).

selbst willen, das reine Factum des juristischen Besitzes geschützt, und durch diesen Schutz eben ist er ein Recht. Sie sind doppelter Art: interdicta retinendae und recuperandae possessionis, bei beiden ist der Besitz der Grund, dort ein gegenwärtiger, hier ein ehemaliger. [Dagegen sind die interdicta adipiscendae possessionis gar nicht hierher zu zählen: sie haben den Besitz nicht zum Grunde, sondern zum Gegenstande.][1] Auch der Umstand, ob die possessio iusta oder iniusta ist, hat keinen absoluten Einfluß. Die iniusta giebt die Interdicte so gut, als die iusta. Nur steht dem iniustus possessor von Seiten dessen, von dem er vi, clam oder precario besitzt, die exceptio vitiosae possessionis ab adversario entgegen, d. h. wenn zwei Besitzer einander gegenüber stehen, ein gegenwärtiger und ein ehemaliger, so siegt jener, wenn er entweder iustus possessor oder iniustus von einem Anderen ist, nicht aber, wenn von dem letzteren. Dieser kann ihm den Besitz abstreiten durch ein interdictum retinendae possessionis oder recuperandae possessionis.

Früher [d. h. vor v. Savigny] war es gewöhnlich, eine Menge Wirkungen des Besitzes aufzuzählen. Man hat Folgen, welche der Besitz als zufällige Begleiter hat, mit denen vermischt, deren wahre Ursache er ist. Dahin gehört das „Retentionsrecht", welches aber auf keine Weise den Besitz zu seiner Quelle hat, nicht durch den Besitz begründet wird; [sondern diese ist das dolose Verfahren des Klägers und der Besitz nur das Mittel, um dieses Recht geltend zu machen, denn ohne ihn ist der Beklagte dazu nicht im Stande]. Ferner die „Selbstvertheidigung"; jeder Angegriffene kann sich vertheidigen, sei er Besitzer oder nicht, z. B. seinen Körper. Ferner der Satz: „der Besitzer beweist nicht;" dies ist nicht Folge des Besitzes, sondern der Beklagteneigenschaft (daher heißt im römischen Recht possessor auch wohl Beklagter). Diese kann zufällig mit dem Besitze zusammenhängen, aber es ist nicht überall wesentlich, und dann ist die Regel falsch. Denselben Gehalt hat der Grundsatz: in pari causa [d. h. wenn Einer so viel Recht oder Unrecht hat, als der Andere] melior est conditio possidentis [d. h. gewinnt derjenige, welcher nur der Veränderung eines gegenwärtigen Zustandes widerspricht, gegen den, der sie will].

1) (Vergl. hiergegen §. 85. Note 2. A. d. H.)

Daß dies keine Wirkungen des Besitzes sind, zeigt sich auch darin, daß der Besitz überhaupt nicht ein Erforderniß derselben ist, noch weniger der juristische.

Interdicta retinendae possessionis.

§. 133.

[Zwei Interdicte sind hier zu betrachten, das interdictum uti possidetis und utrubi, jenes aus dem Besitze von unbeweglichen, dieses von beweglichen Sachen; beide sind aber im justinianischen Rechte ganz gleicher Natur. Zu unterscheiden ist ihre Veranlassung, ihre Begründung und ihr Zweck.]

1) Veranlassung. Die vornehmste Veranlassung ist die Bestreitung des Besitzes, ohne daß damit schon eine thätliche Störung verbunden zu sein braucht. Die Interdicte sind präparatorische Rechtsmittel für den Streit über das Recht, petitorium. Der als Besitzer Anerkannte hat für dieses das commodum possessoris, [den Vortheil Beklagter zu sein, was bei der Rei Vindicatio gegen den Besitzer am deutlichsten hervortritt.] Auch zur Vorbereitung eines Streites über ein ius in re dienen sie, obwohl hier der Besitzer nicht nothwendig der Beklagte ist. Aber der Besitzer hat doch auf diese Rolle Anspruch, und überdies den Vortheil, die Ausübung des bestrittenen Rechts nicht dem Anderen bis zur Entscheidung überlassen zu müssen.

Zwei Irrthümer sind zu vermeiden: 1) diese Interdicte für provisorische Vindicationen zu halten. Dies hat in manchen Particularrechten darauf geführt, für dieselben einen titulirten Besitz (aus dem die Wahrscheinlichkeit des Eigenthums entstehe) zu fordern, wodurch sie in der That ganz verändert und andere Rechtsmittel an ihre Stelle gesetzt werden; 2) als Veranlassung dieser Interdicte immer eine Gewalt anzunehmen, wenigstens eine zu befürchtende, daher sie für Delictsklagen zu halten, wie es von v. Savigny geschieht.[1]

Die Interdicte haben einen provisorischen Charakter gegenüber

---

1) (v. Savigny's Ansicht ist für die Fälle der Verhütung von Thätlichkeiten und des Regulativs des Petitoriums deshalb bezweifelt worden, weil eine künftige Verletzung noch kein gegenwärtiges maleficium sei: Schmidt, Interdictenverfahren S. 198. Wie will man aber dann die Fortdauer beider Functionen im neuesten Recht erklären, welches überall eine vergangene Verletzung voraussetzt? Vergl. L. 3. C. de int. (8, 1). Schmidt a. a. O. S. 328. A. d. H.)

dem Petitorium, aber nur weil ihr Grund, der Besitz, diesen Charakter hat. Sie reguliren den Besitzstand für das Petitorium. Es giebt aber auch eine Regulirung für das Possessorium selbst. Im älteren römischen Recht war ein besonderer Bestandtheil des Interdictenprocesses darauf berechnet, die fructus licitatio. Im justinianischen Recht nicht mehr. In der Praxis nimmt der Richter diese Regulirung gleich am Anfange des Possessoriums nach seinem Ermessen und der Wahrscheinlichkeit vor, namentlich zu Gunsten dessen, der sofort die jüngste Besitzhandlung nachweisen kann. Dazu bedarf es keines besonderen Processes. Höchst unzweckmäßig hat die Praxis mehrerer Länder einen solchen daraus gemacht, das possessorium summarium im Gegensatz zum eigentlichen Possessorium, dem sogenannten possessorium ordinarium. [Jenes heißt auch wohl summariissimum, und in ihm wird entschieden, wer wahrscheinlich Besitzer ist, im letzteren, wer es gewiß ist.] Wo das possessorium ordinarium in seiner Reinheit geblieben ist, ist dies völlig unzulässig, da die Sache auf jene zweckmäßige Weise erledigt werden kann. Etwas anders steht die Sache, wo das ordinarium den Charakter der possessorischen Interdicte verloren hat, und eine provisorische Vindication geworden ist [dadurch, daß man einen titulirten Besitz fordert]. Hier ist dann in der That [das Rechtsmittel aus dem jüngsten Besitz,] das summarium, das reine interdictum retinendae possessionis, zwischen welches und das petitorium sich nur ein fremdes und unnützes Element (in dem possessorium ordinarium) eingeschoben hat.

Die Veranlassung der Interdicte kann auch eine thätliche Störung [des Besitzes] sein; nur ist nicht eine Gewalt im Sinne des interdictum de vi erforderlich, sondern es reicht eine Handlung wider den Willen des Besitzers hin.

2) Begründung. [Der Grund der Interdicte ist] der juristische Besitz und zwar an sich der gegenwärtige. Indessen nützt dieser nichts, wenn er vi, clam oder precario vom Gegner überkommen ist. Ja in diesem Falle wird jener in Herausgabe condemnirt, so daß der siegt, welcher nicht der gegenwärtige Besitzer ist. Mithin kann auch dieser das Interdict anstellen. Dies ist eine Folge der Duplicität der Interdicte. Beide Parteien werden als Kläger und Beklagter behandelt, jeder, welcher in jener Art Recht behält, kann die Condemnation des Gegners verlangen

Die Interdicte haben daher auch recuperatorische Wirkung.[2] Die Berufung auf das vitium kann aber durch Ablauf eines Jahres verloren gehen (s. das Lehrbuch).[3]

3) Zweck. Dieser ist im Allgemeinen die Entscheidung, wer Besitzer ist, und das Verbot künftiger Störung. Im Fall einer thätlichen Störung gehen die Interdicte auch auf Schadensersatz, nach der Praxis auf Caution, de non amplius turbando, wenn schon eine wiederholte Störung vorliegt. Wenn der Sieger nicht im Besitze ist, so erfolgt Condemnation auf Herausgabe der Sache. Ist sie sofort unmöglich, so muß Caution durch Bürgen bestellt werden; kann sie durch Schuld des Condemnirten nicht geschehen, so tritt Condemnation auf den Werth, d. h. den Werth des Besitzes, nicht schlechthin und überall der Sache ein. Die L. un. C. uti poss.[4] sagt: der Richter entscheidet über den Besitz und nach geleisteter Caution oder Herausgabe des Besitzes über das Eigenthum. v. Savigny[5] und Andere behaupten, die Caution rc. beziehe sich auf das petitorium. Aber dasselbe kann beim possessorium vorkommen, und da die Stelle von diesem zunächst handelt, so ist es das Natürlichste, die Caution darauf zu beziehen.[6]

---

2) (Nach der überzeugenden Ausführung von Schmidt a. a. O. S. 113 f. trage ich kein Bedenken, diese recuperatorische Wirkung jetzt für einen Irrthum zu erklären. Aus der Duplicität an sich folgt sie noch nicht; der ehemalige Besitzer müßte, um zu gewinnen, auch noch gegenwärtiger Besitzer sein, oder als Besitzer fingirt werden (uti possidetis). Dies ist er nun bloß nach der Lehre Derer, die neben der gegenwärtigen iniusta possessio noch die frühere iusta als fortbestehend dachten, also eine possessio plurium in solidum annahmen, L. 3. pr. D. U. P. (43, 17). Diese Ansicht aber ist verworfen §. 129, weil wegen der int. recuperandae possessionis kein Bedürfniß existirt, auch den int. retinendae recuperatorische Wirkung beizulegen. Das alte int. utrubi hatte eine solche, weil es keinen actuellen Besitz voraussetzte; im justinianischen Recht steht es dem int. uti possidetis gleich. Der dadurch entstehende Mangel eines recuperatorischen Interdicts ist durch Erweiterung des int. de vi (§. 135 a des Lehrb.) beseitigt. A. d. H.)

3) (Darin würde eine unstatthafte Verjährung der Exceptionen liegen. S. §. 95. Die Verjährung des Interdicts uti possidetis Note g des Lehrbuchs bezieht sich auf Schadensersatz wegen vergangener Störung. A. d. H.)

4) L. un. C. uti poss. (8, 6): Uti possidetis fundum, de quo agitur, quum ab altero nec vi nec clam nec precario possidetis, rector provinciae vim fieri prohibebit; ac satisdationis vel transferendae possessionis edicti perpetui forma servata de proprietate cognoscet.

5) Recht des Besitzes S. 489. Note 1.

6) (Durch das Endlicher'sche Fragment (Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. Bd. IX. S. 18—27.) ist die Beziehung auf das Petitorium außer allen Zweifel gestellt. Der Verf. verwechselt translatio und restitutio possessionis, letztere ist im Possessorium möglich, erstere bezieht sich auf die Parteirolle im Petitorium. A. d. H.)

Interdicta recuperandae possessionis.

§. 134.

Dem, der den Besitz durch vis oder precarium verloren hat, sind noch besondere Interdicte gegeben, interdicta recuperandae possessionis.

Warum? da schon die interdicta retinendae possessionis dieselbe Wirkung haben? Es giebt einen doppelten Grund: einen allgemeinen und einen speciellen für das interdictum de precario.

Man kann den violentus und precarius possessor mit dem interdictum retinendae possessionis belangen, und erlangt die Restitution, aber doch nur, wenn er noch besitzt; nur dann kann dieser Proceß diesen Erfolg haben, nicht wenn er schon vor der Klage aufgehört hat zu besitzen. Die interdicta recuperandae possessionis sind nicht darauf beschränkt. Mit dem interdictum retinendae possessionis kann man gegen den precario possidens klagen, so lange man sich auf dieses vitium berufen kann, aber das Interdict verjährt in einem annus utilis. Dies ist nun für den Gebrauch des Precarium störend, da es einer längeren Dauer entgegentritt. Hier ist also aus diesem besonderen Grunde ein eigenes Interdict gegeben worden, das eben deshalb perpetuum ist.[1]

Es giebt zwei interdicta recuperandae possessionis: interdictum de vi, für Grundstücke (bei beweglichen Sachen also bleibt es bei dem interdictum utrubi), und de precario, für Grundstücke und bewegliche Sachen.

Man glaubt, im älteren Recht habe es auch ein interdictum de clandestina possessione gegeben, s. Note c des Lehrb. Es werde in den Pandekten erwähnt, aber nur beiläufig, und dies sei historisch zu verstehen. Würde aber in der Stelle wirklich ein besonderes interdictum de clandestina possessione gemeint, so wäre an der Anwendbarkeit nicht zu zweifeln. Daß es sonst nicht erwähnt wird, stände nicht entgegen; es bedürfte keiner ausführlichen Theorie. Das Interdict ginge gegen den clam

1) (Nimmt man an, daß die interdicta retinendae possessionis nur dem Besitzer, die interdicta recuperandae auch dem Nichtbesitzer nützen, §. 133 Note 2, so bedarf es der gezwungenen Erklärung im Text nicht. A. d. H.)

Besitzenden, und dieser würde nicht befreit durch Verlust des Besitzes (Unterschied vom interdictum retinendae possessionis). v. Savigny[2] hat die Anwendbarkeit noch aus dem Grunde bestritten, weil es auf Grundstücke beschränkt sei, und deren Besitz nicht mehr heimlich verloren gehen könne. Aber jene Beschränkung ist völlig problematisch, jedenfalls müßten wir das Interdict, wie es im justinianischen Recht gilt, auf den hier möglichen Fall beweglicher Sachen beziehen.

Aber in der That ist die Vorfrage, ob es je ein solches Interdict gegeben habe, nicht mit einiger Sicherheit zu bejahen. So sagt die Pandektenstelle nur, de clandestina possessione hat man ein Interdict, d. h. der Verlierende ist durch ein Interdict geschützt. Dies ist wahr, auch wenn es kein besonderes interdictum recuperandae possessionis giebt; er hat das interdictum retinendae possessionis.[3]

Interdictum de vi.

§. 135.

Das interdictum de vi hat zur Voraussetzung: gewaltsame Entziehung des juristischen Besitzes (eines Grundstücks). Allgemeine Erforderniſſe seiner Anwendung sind:

1) Juristischer Besitz des Klägers zur Zeit der Entziehung. Also Pächter, Commodatare ꝛc. haben das Interdict nicht. Thibaut[1] und einige andere Juristen haben für dies Interdict eine Ausnahme behauptet, jedoch gegen die deutlichen Aussprüche des geschriebenen Rechts. Diese Meinung hängt mit der falschen Auffassung des Ausdrucks civilis possessio zusammen (civilis possessio ist nicht erforderlich, aber hiermit ist nur der Usucapionsbesitz gemeint). Der beraubte Detentor kann andere Rechtsmittel haben, aber nicht die Interdicte.

Manche Juristen haben geglaubt, das canonische Recht gebe ein Rechtsmittel zur Wiedererlangung einer irgend wie widerrechtlich entzogenen Sache ohne Erforderniß des juristischen Besitzes, actio spolii. Dadurch werde das interdictum de vi ganz

---

2) Recht des Besitzes S. 553 f.

3) (v. Savigny's Erklärung ist aus dem in der Note 1) und §. 133 Note 2) angedeuteten Grunde auch hier die richtige. A. d. H.)

1) Archiv für die civ. Praxis Bd. XVIII. 13.

entbehrlich gemacht. Dies würde heißen, wer sich beschwert über die Entziehung einer Sache, der hat eine Klage, die gar keine Rechtstheorie hat, sondern bei welcher der Richter ganz nach seinem subjectiven Ermessen entscheidet. Es ist nicht zu zweifeln, daß manche Richter dabei sich gut stehen würden. [Allein eine solche Klage ohne rechtliche Theorie kann es nicht geben, und diesen Fehler hat das canonische Recht nicht begangen]. Die actio spolii des canonischen Rechts ist nur das interdictum de vi, mit den römischen Grundsätzen, abgesehen von einer später zu erwähnenden Abweichung [nämlich, daß die Klage auch gegen den dritten Besitzer in mala fide geht].

2) Gewaltsame Entziehung des Besitzes. a) Gewalt, und zwar atrox vis, Gewalt gegen die Person des Besitzers oder seines Repräsentanten, entweder wirklich ausgeübt, oder unmittelbare Drohung der corporalis vis, mit Bereitschaft sie sofort ins Werk zu setzen. Nach älterem Recht war ein Unterschied, ob vis armata oder nicht angewendet war. Dort fiel die exceptio vitiosae possessionis weg [d. h. wer den Anderen mit Waffengewalt vertrieben hatte, konnte sich nicht darauf berufen, daß dieser schon vorher vitiose von ihm besessen habe]. Nach neuerem Recht besteht kein solcher Unterschied, schon bei der vis non armata findet die exceptio nicht Statt. (Etwas anderes ist es, wenn sofort wieder dejicirt wird, denn hier hatte der, welcher die Gewalt ausübte, nie besessen, folglich war der Besitz nicht vi verloren).

b) Verlust des Besitzes durch jene Gewalt, deiectio. Daher kann, wenn jemand ein Grundstück in Abwesenheit des Besitzers occupirt, das interdictum de vi keine Anwendung finden, 1) weil keine Gewalt, 2) weil kein Besitzverlust stattgefunden hat. Dessenungeachtet hat Justinian[2] bestimmt, der Occupant solle wie einer behandelt werden, der vi besitzt. Wahrscheinlich bezieht sich die Stelle auf die Strafe der Selbsthülfe, welche den trifft, der gewaltsam fremde Sachen occupirt. Auch soll er erst durch Ablauf von 30 Jahren geschützt sein [während das interdictum de vi in einem Jahre verjährt]. Welche Klage hat Justinian im Sinne? Zunächst lassen die Worte schließen auf das interdictum de vi. Also hier eine ganz willkührliche singuläre Bestimmung, die nicht weiter ausgedehnt werden darf. Denkbar wäre aber

2) L. 11. C. unde vi (8, 4).

auch, daß das interdictum uti possidetis gemeint ist, nur freilich mit Ausdehnung auf 30 Jahre. Dort also jene, hier diese Abweichung von der Regel.[3]

3) Das römische Recht beschränkt das Interdict auf unbewegliche Sachen. Dies folgt schon daraus, daß überall Dejection als ein Erforderniß desselben aufgeführt ist. Außerdem ist jenes noch ausdrücklich bemerkt L. 1. §. 6. D. de vi (43, 16). Ebenso gewiß aber ist, daß das canonische Recht die actio spolii nicht in gleicher Weise einschränkt, daß es vielmehr dieselbe auch für bewegliche Sachen zuläßt. Controvers ist, ob nicht schon in L. 7. C. unde vi[4] eine Ausdehnung auf bewegliche Sachen enthalten ist, was v. Savigny[5] annimmt. Gewiß wird in L. 7. ein Besitzschutz für den vorausgesetzt, der durch Gewalt um den Besitz beweglicher Sachen gekommen ist. Viele haben v. Savigny's Meinung bestritten, ohne ein anderes Rechtsmittel zu nennen. Es giebt ein solches. Die obige Ansicht von der recuperatorischen Kraft der interdicta retinendae possessionis läßt uns die richtige Erklärung dieser Stelle geben. Es ist das interdictum utrubi, welches dem Besitzer zusteht.[6]

4) Nach römischem Recht kann nur der Dejicient belangt werden, auch der, welcher durch einen Anderen hat dejicirenl assen. Das canonische Recht giebt die actio spolii auch gegen den dritten Besitzer, wenn er um die Gewalt wissend in den Besitz gekommen ist.

Interdictum de precario.

§. 136.

Das Precarium fordert Gestattung auf der einen Seite, ausdrückliche oder stillschweigende Ausübung in diesem Sinn auf

---

3) (Nach Pards a. a. O. S. 52. hätte sich der Verf. mündlich für die letztere Ansicht entschieden. Vgl. dagegen §. 133 Note 2, 134 Note 1. A. d. H.)

4) L. 7. C. unde vi (8, 4): Si quis in tantam furoris pervenerit audaciam, ut possessionem rerum apud fiscum vel apud homines quoslibet constitutarum ante eventum iudicialis arbitrii violenter invaserit, dominus quidem constitutus possessionem, quam abstulit, restituat possessori et dominium eiusdem rei amittat. Sin vero alienarum rerum possessionem invasit, non solum eam possidentibus reddat, verum etiam aestimationem earundem rerum restituere compellatur.

5) Recht des Besitzes §. 40.

6) (Vgl. hiergegen §. 133 Note 2, 134 Note 1. Für v. Savigny's Ansicht spricht überdies schon die Aufnahme in den Codextitel unde vi. A. d. H.)

der anderen Seite, also Annahme der Erlaubniß. Dies wird sich gewöhnlich in der Bitte zeigen, wovon der Act den Namen hat. Aber die preces sind nichts unbedingt erforderliches, wenn nur sonst eine Anerkennung der precären Erlaubniß stattgefunden hat.

Quasibesitz eines Rechts.

Begriff und Umfang.

§. 137.

Nur körperliche Gegenstände können eigentlich besessen werden, die possessio ist corporis possessio, nur hier ist der Begriff des Besitzes möglich. Dies schließt nicht aus, daß ein analoges Verhältniß zu Rechten dem Besitz analog behandelt wird, Quasibesitz, iuris quasi possessio.

Dies schließt in sich, daß auch hier das factische Verhältniß, d. h. die factische Ausübung eines Rechts mit selbstständigen Wirkungen bekleidet sei, wie die natürliche Unterwerfung einer Sache [also unabhängig davon, ob ich das Recht wirklich habe, oder nicht]. Diese Wirkungen [welche die factische Ausübung als Quasipossessio qualificiren] können sein: Entstehung des Rechts durch den Act der Ausübung [analog der Entstehung des Eigenthums durch die Erwerbung des Besitzes] (Quasitradition), [ferner Zuständigkeit] Publiciana [für den Quasibesitzer], Entstehung des Rechts durch fortgesetzte Ausübung (Quasiusucapion), endlich Schutz der Ausübung durch possessorische Interdicte, wenigstens bis über das Recht entschieden ist.

Der Vergleichungspunkt ist: wie der körperliche Besitz Ausübung des Eigenthums ist, so der Quasibesitz Ausübung des Rechts. Der äußere Act der Ausübung ist dem corpus des eigentlichen Besitzes gleich, dazu muß der animus kommen. Aber nur bei den Rechten, welche eine dauernde Ausübung haben, ist diese Auffassung der Ausübung als Besitz denkbar. Wo die volle Ausübung nur ein Moment ist, mit dem das Recht selbst aufhört, kann von einem Besitz nicht die Rede sein, jene Wirkungen selbst sind undenkbar.

Daher ist die Annahme eines Besitzes unmöglich bei der Ausübung der Obligationen. Die volle Ausübung der Obligatio ist die Erfüllung, diese beendigt das Recht. Also kann hier weder

von einer Ersitzung noch von einem possessorischen Schutz die Rede sein. Es ist eine der größten Verkehrtheiten, wenn einige frühere Praktiker einen solchen Besitz annahmen: bei Zinsenzahlung und Empfang. [Dies ist aber nicht eine Ausübung der Forderung, sondern nur eine Anerkennung derselben]. Mit demselben Recht könnte ein Eigenthumsbesitz angenommen werden, wenn der Eigenthümer z. B. die rei vindicatio anstellt. Dies würde keine Grenze haben, das ganze Besitzinstitut würde zu einer Lächerlichkeit werden. Ebenso ist kein Besitz am Pfandrecht möglich, [dessen volle Ausübung nur in dem Verkauf des Pfandes liegt, womit aber das Pfandrecht selbst aufhört]. Der Pfandgläubiger kann dagegen die corporis possessio haben [als Faustpfandgläubiger], s. §. 125. Diese corporis possessio hat auch der Emphyteuta, weshalb hier nicht von einer iuris possessio der Emphyteuse die Rede sein kann.[1] Dasselbe haben Einige mit Unrecht für den Superficiar behaupten wollen. Wir können ihm nur den Besitz der Superficies zusprechen, dieser kann nicht corporis possessio sein, weil es keinen abgesonderten Besitz an der Superficies giebt, da dieselbe integrirender Theil des solum ist.[2] Wollten wir ihm den körperlichen Besitz des solum einräumen, so würde sein Besitz ohne Grund über sein Recht weit hinausreichen. [Es hat aber der Eigenthümer vom Grund und Boden den juristischen Besitz des ganzen Grundstücks und übt ihn durch den Superficiar aus; dieser ist nur Detentor und iuris quasi possessor].

Die Ausübung folgender Rechte wird als Quasibesitz behandelt, namentlich auch durch possessorische Interdicte, theils nach römischem, theils nach canonischem und deutschem Recht.

1) Die Superficies.

2) Die Servituten. Dies ist für das römische Recht der wichtigste Fall des Quasibesitzes. Die Quasitradition ist eine prätorische Bestellungsart, welche die Publiciana giebt, Ersitzung ist darauf angewendet, endlich die possessorischen Interdicte, wodurch die Ausübung gegen widerrechtliche Störung geschützt, und eben damit die factische Ausübung, als Recht, gleich der corporis possessio anerkannt wird.

---

1) (Vgl. dagegen §. 125 Note 5. A. d. H.)

2) L. 44. §. 1. D. de O. et A. (44, 7): si quis dixerit, se solum sine superficie tradere, nihil proficit, quo minus et superficies transeat, quae natura solo cohaeret.

3) Die Kirchengewalt, theils überhaupt, theils in ihren einzelnen Zweigen.

4) Die gutsherrliche Jurisdiction.

5) Reallasten: Rechte auf fortdauernde Prästationen, die zum Theil eine obligatorische, zum Theil eine dingliche Natur haben.[3] Die letztere erhalten sie durch ihre Verknüpfung mit Grundstücken, deren [jedesmalige] Eigenthümer die Berechtigten oder Verpflichteten sind. Die erstere zeigt sich darin, daß ihr Inhalt selbst nicht rein durch eine Sache gewährt wird, sondern eine Thätigkeit des Verpflichteten dabei vorkommt, die sogar ohne allen Zusammenhang mit der Bestimmung und den Kräften der Sache sein kann, z. B. Frohnden, die der Eigenthümer eines Grundstücks zu leisten hat, Grundzinsen, Bannrechte, welche darin bestehen, daß der Verpflichtete gewisse Bedürfnisse (und dies können ganz persönliche sein) von dem Berechtigten beziehen muß, nicht anders woher. Oder sie gehen wenigstens über die Leistungen der Sache hinaus, so die Zehnten, die von Früchten gegeben werden, welche durch Thätigkeit des Besitzers hervorgebracht worden. Dadurch unterscheiden sie sich von den Servituten überhaupt, von den Personalservituten noch durch ihre Nichtbeschränkung auf eine Person, von den Realservituten dadurch, daß das Recht nicht mit den Bedürfnissen eines Grundstückes nothwendig zusammenhängt. Die Reallasten sind der wichtigste Gegenstand des Quasibesitzes im deutschen Recht.

Erwerb und Verlust des Quasibesitzes.

§. 138.

Der Erwerb des Quasibesitzes bestimmt sich analog dem der corporis possessio. Es besteht auch hier in der Hervorbringung beider Elemente des Besitzes in der Person des Erwerbers: Apprehension und animus. Jenes ist der äußere Act der Ausübung, dieser ist der auf die Ausübung des Rechts gerichtete Wille, nicht die Meinung [das Recht zu haben, wohl] aber die Behauptung des Rechts, sei es bona oder mala fide[1] [z. B. wenn es sich handelt um den Quasibesitz einer Wegegerechtigkeit, so besteht die

3) (Gegen den hier mit Eichhorn, Einleitung in das deutsche Priv.-R. §. 162 a angenommenen subjectiv-dinglichen Charakter der Reallasten vgl. Gerber, System des d. Priv.-R. §. 168 Note 1, §. 167 Note 2. v. Savigny, das Obligationenrecht Bd. 1. (1851) S. 134. A. d. H.)

1) L. ult. D. quemadm. servit. (8, 6), L. 7. D. de itin. (43, 19).

Apprehension in der Ausübung derselben, der Animus aber darin, daß ich behaupte, zu derselben berechtigt zu sein].

Der Erwerb gestaltet sich nach diesem gemeinschaftlichen Princip verschieden bei den verschiedenen Rechten, weil ihre Ausübung eine verschiedene Gestalt hat.

1) Zur vollen Ausübung mancher Rechte gehört die Detention der Sache. Hier wird der Quasibesitz erworben mit der Apprehension des natürlichen Besitzes der Sache, den Animus vorausgesetzt. So bei der Superficies und bei den Personalservituten.

2) Bei anderen Rechten besteht die Ausübung in der Vornahme einer Handlung oder Errichtung einer Anstalt [bei der Wegegerechtigkeit], z. B. servitus tigni immittendi, Protection ꝛc. Der Besitz eines solchen Rechts wird erworben durch Vornahme dieser Thätigkeit mit dem erforderlichen Animus. So bei den positiven Realservituten, ferner bei der Jurisdiction.

3) Bei Rechten, die auf ein Unterlassen gehen, negativen Realservituten, ist die Ausübung die Unterlassung. Aber die bloße Unterlassung ist kein Act, an den sich der animus possidendi als ein erkennbarer anknüpfen könnte. Die Unterlassung könnte aus einem ganz anderen Grunde geschehen, als wegen der Servitut, z. B. das altius non tollere. Es muß ein Act hinzukommen, der ein Ausdruck des Animus wird, so daß die Unterlassung zugleich als Anerkennung der Behauptung eines Rechts sich darstellt. Ein doppeltes ist möglich a) Verbot der Handlung, wenn der Dienende sie vornehmen wollte, und Unterlassung desselben in Folge dieses Verbots. Dies ist nur denkbar, wenn ein Versuch zur Handlung gemacht ist. b) Erklärung des Dienenden, die Handlung unterlassen zu wollen, an den das Recht Behauptenden, der sie annimmt. Also mit anderen Worten, durch das Rechtsgeschäft, wodurch die Servitut bestellt wird, wird der Besitz erworben. [Dabei entsteht vielleicht das Bedenken, daß kein Besitz ohne das Recht denkbar sei, weil der Besitz erst mit dem Rechte selbst entstehe], also Besitz und Recht gleich erworben werden. Dennoch ist auch Besitz der Servitut ohne das Recht, also selbstständig, möglich, da z. B. diese Bestellung der Servitut durch einen Nichteigenthümer geschehen kann [so daß der Berechtigte wohl den Besitz, nicht aber das Recht der Servitut erhält. Auch hier ist der Quasibesitz erworben, denn der Animus hat sich gezeigt und geäußert].

4) Rechte, die zu einem Thun zum Vortheil des Berechtigten verpflichten, Reallasten.[2] In dieser Leistung besteht die Ausübung und mithin auch die Apprehension des Besitzes. Der Besitz ist erworben, wenn die Leistung als solche geschehen und angenommen ist, der Eine muß sie als Pflicht gethan, der Andere als Recht angenommen haben, z. B. ich habe jemand zur Ernte aus Gefälligkeit ein Gespann gestellt oder er hatte mein Geschirr gemiethet; hier hatte er keinen Quasibesitz erworben.

5) Bei den Bannrechten kommt noch zu dem Thun ein Unterlassen hinzu, sie enthalten die Pflicht, etwas von dem Berechtigten, nicht von einem Anderen zu beziehen. Von dem Erwerb des Besitzes derselben gelten daher die Grundsätze von den negativen Servituten. Nicht hinreichend ist die bloße Unterlassung des Bezugs von Anderen, sondern es ist ein den Animus erkennbar machender Act erforderlich: Verbot und Folgeleistung, Erklärung und Annahme.

Der Verlust des Quasibesitzes geschieht durch Aufhören der äußeren Handlung der Ausübung oder des Animus. Animo durch Aufgeben des Besitzes (gleichgültig ob dabei das äußere Factum der Ausübung fortdauert oder nicht). Hinsichtlich des corpus erfolgt der Verlust nicht schon durch Nichtausübung, die Fortsetzung des Zustandes bei der Apprehension ist nicht erforderlich; erst durch die Unmöglichkeit, sich beliebig wieder in diesen Zustand zu versetzen, wird der Besitz verloren. Anwendung dieses Princips auf die einzelnen Fälle:

1) Bei den persönlichen Servituten und der Superficies geht der Besitz durch Verlust der Detention der Sache verloren; also sowie die Möglichkeit, auf sie zum Zweck der Ausübung jener Rechte einzuwirken, nicht beliebig reproducirt werden kann. Fortsetzung des Besitzes ist durch Stellvertreter möglich, [sofern das Recht eine Ausübung durch diese zuläßt].

2) Der Besitz von Realservituten, welche zu Handlungen berechtigen, wird fortgesetzt, nicht bloß durch Vornahme der Handlung für das herrschende Grundstück, von jedem, der sie für das Grundstück vornimmt, sondern auch ohne dies, bis die Handlung des Quasibesitzes unmöglich wird, z. B. durch Abhaltung oder eine hindernde Anstalt, sofern sich der Besitzer dabei beruhigt. —

2) (Vgl. §. 137 Note 3. A. d. H.)

Allerdings aber ist zu der Wirkung des Besitzes als dauernden Zustandes nicht bloß der Nichtverlust erforderlich, sondern eine wirkliche Ausübung (wenn auch nicht eine ununterbrochene; man muß also unterscheiden: unterbrochene Ausübung und unterbrochenen Besitz), so bei der Usucapion s. §. 160 und bei den Interdicten §. 139. Ebenso auch bei den Jurisdictionsrechten.

3) Der Besitz einer Realservitut, die zu einer Anstalt berechtigt, wird fortgesetzt durch Besitz des herrschenden Grundstücks mit dieser Anstalt, verloren mit dem Besitz des herrschenden Grundstücks und mit der Entfernung der Anstalt, so daß es nicht in dem Belieben des Besitzers steht, sie sofort wieder herzustellen.

4) Bei negativen Realservituten erfolgt der Verlust durch Vornahme der Handlung oder Errichtung der Anstalt von Seiten des Gegentheils, wenn nicht der Besitzer durch sofortigen Gebrauch der possessorischen Interdicte diesen Verlust verhütet. Außerdem durch Verlust des Besitzes am herrschenden Grundstück.

5) Bei Reallasten wird der Besitz nicht schon durch Ausbleiben der Leistung verloren, sondern erst, wenn der Verpflichtete sie mit Behauptung der Freiheit davon verweigert, und der Besitzer nicht sofort dagegen durch possessorische Klagen den Besitz conservirt.

Schutz des Quasibesitzes.

§. 139.

Die Wirkungen des Quasibesitzes sind 1) Publiciana im Fall der Quasitradition, 2) Ersitzung, 3) possessorische Interdicte. Es ließe sich denken, daß diese letzteren nicht bei allen Rechten, bei denen ein Besitz denkbar ist, einträten, wenn nämlich kein Bedürfniß war, einen von dem petitorischen unabhängigen possessorischen Schutz zu geben. Nach heutigem Recht indessen werden in allen Fällen des Quasibesitzes auch possessorische Interdicte gegeben, nur nicht überall die interdicta recuperandae possessionis, weil ihre Voraussetzungen nicht überall anwendbar sind.

Interdicta retinendae possessionis.

1) Es giebt Realservituten, die in dem Besitz des herrschenden Gebäudes mit besessen werden, indem ihr Inhalt als eine Qualität desselben zu betrachten ist, z. B. servitus tigni, oneris, proiiciendi, fumum immittendi u. s. w. Eine Störung ihrer

Ausübung ist daher zugleich Störung des Besitzes am Gebäude selbst, der corporis possessio. Wer mich verhindert, die Servitut auszuüben, hindert mich an dem vollen Gebrauch meines Hauses, wie es jetzt steht. Darum ist bei jeder solchen Störung das interdictum uti possidetis aus der corporis possessio begründet, es bedarf keines besonderen quasipossessorischen Interdicts.

Dies ist eine innere Nothwendigkeit, und wir müßten es annehmen, wenn auch kein Wort davon im geschriebenen Recht stände; es folgt mit Nothwendigkeit aus der Beschaffenheit dieser Servituten, ihres Besitzes und der Existenz und Natur des interdictum uti possidetis.

Daher ist es eine übereilte Behauptung, wenn v. Vangerow[1] dies uncivilistisch nennt. Sein innerer Grund ist, der wesentliche Zweck des Interdicts, die Parteirolle für das Petitorium zu bestimmen, falle bei allen Realservituten weg, weil die confessoria nicht vom Besitz abhängt. Diese Behauptung ist aus drei Gründen unrichtig: 1) ist dies nicht der wesentliche und nothwendige Zweck; auch da, wo von gar keinem Petitorium die Rede ist, findet das Interdict Anwendung. 2) Bei dem Servitutenstreit kann auch der Besitzer klagen, aber er braucht es nicht, und kann sich eben durch die Interdicte den Vortheil, Beklagter zu sein, verschaffen; besonders aber 3) den Vortheil der Ausübung während des Processes über das Petitorium. Alles dieses macht eben die possessorischen Rechtsmittel nirgends häufiger und gesuchter als bei Servituten, was nur bei einiger practischen Erfahrung jedem sich ergiebt. v. Vangerow hätte sich auch schon dadurch von dieser Behauptung abhalten lassen sollen, weil mit demselben Grund die Unstatthaftigkeit des interdictum uti possidetis bei dem Ususfructus behauptet werden könnte.

Die Ansicht beruht auf einer Verwechselung jener Wahrheit mit dem alten Irrthum, der bei allen Realservituten das interdictum uti possidetis zuläßt (s. unten).

Wie verhält es sich nun im geschriebenen Recht? L. 8. §. 5. D. si serv.[2] enthält in der That, was oben aus inneren Grün-

---

1) Leitfaden für Pandekt.-Vorles. Bd. 1. §. 355.

2) L. 8. §. 5. D. si serv. (8, 5): — — agique sic posse cum eo, qui eum fumum immittat, ius ei non esse fumum immittere. Ergo per contrarium agi poterit, ius esse fumum immittere, quod et ipsum videtur Aristo probare. Sed et interdictum uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit, suo uti.

den deducirt worden ist. Es ist eine unbegreifliche Behauptung v. Vangerows, die Schlußworte seien nicht auf den Servitutstreit zu beziehen, von dem die ganze Stelle handelt (die dazwischen stehenden Worte sind nur: quod et ipsum videtur Aristo probare). Noch entschiedener spricht für uns L. 3. §. 6. D. uti poss.,[3] die v. Vangerow übersehen hat, ungeachtet er die unmittelbar vorhergehende Stelle[4] für seine Meinung anführt. Darin glaubt er, sei die Behauptung enthalten, darüber, quis possessor proiectionis sit, könne gar nicht gestritten werden, weil das interdictum uti possidetis nicht Statt habe. Damit vergleiche man die abgedruckte Stelle!

In der von ihm angeführten Stelle wird nur die Unwirksamkeit des Interdicts in einem gewissen Fall behauptet, utrique esse inutile. So könnte der Jurist gar nicht sagen, wenn es überhaupt kein interdictum uti possidetis für diesen Fall gäbe.[5]

2) Es giebt Rechte, die in der Detention der Sache besessen werden, Personalservituten und Superficies. Auf diese ist das interdictum uti possidetis (oder utrubi) angewendet worden, das der Usufructuar aus seinem Quasibesitz anstellt, wie der Proprietar aus seiner corporis possessio. Also ein auf den Quasibesitz ausgedehntes interdictum uti possidetis und utrubi

3) L. 3. §. 6. D. uti poss. (43,17): Labeo quoque scribit: Ex aedibus meis in aedes tuas proiectum habeo; interdicis mecum: Si eum locum possideamus, qui proiecto tegetur. An (lies aut oder at) — quo facilius possim retinere possessionem eius proiectionis, interdico tecum: Sicuti (lies: tecum sic: Uti) nunc possidetis eas aedes, ex quibus proiectum est —.

4) L. 3. §. 5. D. eod.: Item videamus, si proiectio supra vicini solum non iure haberi dicatur, an interdictum Uti possidetis sit utile alteri adversus alterum. Et est apud Cassium relatum, utrique esse inutile, (utile?) quia alter solum possidet, alter cum aedibus superficiem.

5) (Neuerdings wendet v. Vangerow, Leitfaden für Pandekt.-Vorles. (6. Aufl. 1851) Bd. 1. S. 893 mit Rücksicht auf meine Ausführung Note g des Lehrb. ein: die von Labeo aufgeworfene Frage könne nicht als bejaht angenommen werden, da schon das Labeo quoque scribit beweise, daß Ulpian hier keine abweichende Meinung Labeo's anführen wollte. Es beweist aber vielmehr, daß Labeo mit Cassius übereinstimmt, und deshalb im §. 5. in der That mit Cujacius utrique esse utile gelesen werden muß. Der Zweifel Ulpians ist: ob nicht das Interdict uti possidetis deshalb unanwendbar sei, weil superficies solo cedit? Dies Bedenken findet er gegründet bei einem Ueberbau ohne selbstständigen Zugang (§. 7), ungegründet bei einem coenaculum mit einem solchen, also um so mehr bei einer proiectio, die vom herrschenden Hause aus zugänglich ist (§. 5, 6). Dieser, von v. Vangerow übersehene Zusammenhang der §§. 5—7 L. 3 cit. beweist, 1) daß Labeo's Frage (wenn sie überhaupt eine Frage ist) von Ulpian bejaht wird, 2) daß die Anwendbarkeit des int. uti possidetis auf positive Häuserservituten überall vorausgesetzt ist. A. d. H.)

dadurch unterschieden von dem Fall unter 1). Bei der Superficies giebt es ein besonderes interdictum de superficie, das aber ganz wie das interdictum uti possidetis behandelt wird.

3) Besitz von Realservituten, deren Ausübung in getrennten Handlungen besteht, servitutes praediorum rusticorum. Hier ist das interdictum uti possidetis nicht möglich, a) in der Art, wie bei den servitutes praediorum urbanorum, weil der Besitz jener Servituten nicht in dem Besitz des herrschenden Grundstücks liegt, so daß man sagen könnte, der darin Gestörte sei in der corporis possessio dieses gestört, b) auch nicht in der Art wie bei den Personalservituten, durch einfache Uebertragung. Denn die Frage des gegenwärtigen Besitzes bedarf hier einer besonderen Normirung, weil die Ausübung nur unterbrochen, nicht wie bei dem Besitze einer Sache ein Continuum ist. Wenn der siegen sollte, welcher z. B. gegenwärtig über das Grundstück geht, so wird niemand siegen können, weil er bei der Anbringung des Interdicts dies nicht thut. Also ist die Frage zu entscheiden, wer soll als gegenwärtiger Besitzer gelten, und darum sind hier besondere Interdicte gegeben. Die sonst gewöhnliche Ansicht, das interdictum uti possidetis finde Anwendung, ist entschieden irrig.

Besondere Interdicte haben die Römer gegeben bei den Wegservituten, der Wasserleitung, den Wasserschöpfservituten: interdictum de itinere actuque privato, interdictum de aqua (bei der Ausbesserung de rivis), de fonte (de fonte reficiendo). Das interdictum de itinere reficiendo ist wohlgemerkt kein possessorisches, s. unten §. 400. — Für die übrigen Realservituten giebt es im römischen Recht keine Interdicte [soll es aber solche für sie geben, so müssen es besondere sein] (nicht etwa also das interdictum uti possidetis).

Warum diese Beschränkung? Man hat hier besonders den Vortheil im Sinne gehabt, den man sich durch das Interdict verschafft, die Ausübung einstweilen bis zur Entscheidung über das Recht zu schützen. Dies wird Bedürfniß, wo außerdem die Agricultur gestört würde. Dies war bei den Römern der Fall in Beziehung auf jene Servituten, nicht bei den anderen z. B. servitus arenae fodiendae, calcis coquendae etc.

Theorie jener Interdicte, theils gemeinschaftliche, theils specielle:

1) Sie setzen den juristischen Besitz voraus.

2) Als gegenwärtiger Besitz gilt Ausübung im letzten Jahre, rückwärts von der Zeit der Anstellung. Bei dem interdictum de aqua aestiva ist dieser Zeitraum noch erweitert zum Vortheil des Klägers, indem die Ausübung in diesem (oder dem letzten) und dem vorigen Sommer berücksichtigt wird. Wird ein äußeres Hinderniß als Ursache der Nichtausübung im letzten Jahre nachgewiesen, so wird auf das vorletzte Jahr zurückgegangen. Der Successor kann sich die Ausübung seines Auctors anrechnen.

Bei dem interdictum de aqua und de fonte ist Eine Ausübung innerhalb jener Zeit hinreichend. Dies ist temperirt durch das Erforderniß der bona fides, d. h. eine bewiesene mala fides steht der Wirkung dieser Interdicte entgegen.

Bei dem interdictum de itinere ist eine öftere Ausübung gefordert. Der Grund ist folgender. Dort [bei den Wasserservituten] setzt die Ausübung gewisse Anstalten voraus, die an sich [schon] etwas dauerndes haben, die Ausübung ist überhaupt umständlicher, hier nicht so. [Wie oft? ist im Allgemeinen dem Ermessen des Richters überlassen und nur festgesetzt:] Ein modicum tempus „von nicht weniger als 30 Tagen." Versuche, die Stelle, welche diese Bestimmung enthält,[6] anders zu erklären, sind sprachlich nicht möglich. Wir müssen die Bestimmung aber einschränken auf Wegservituten, die das ganze Jahr in Ausübung sind, nicht z. B. bloß während der Erndte.

3) Ueber die exceptio vitiosae possessionis s. das Lehrbuch.

Heutzutage ist es Bedürfniß, noch bei anderen Servituten possessorische Interdicte zuzulassen, z. B. bei dem Weiderecht, das bei uns eine sehr bedeutende Rolle unter den Servituten spielt, während es im römischen Recht kaum erwähnt wird (wahrscheinlich weil durch die öffentlichen Weiden für dieses Bedürfniß mehr gesorgt war). Wie soll dieser Besitzschutz erledigt werden? Nach Analogie der römischen Servitutinterdicte. Also wird erfordert juristischer Besitz und Ausübung im letzten Jahr, wogegen ex-

6) L. 1. §. 2. D. de itin. (43, 19): — si modo anno usus est, vel modico tempore i. e. non minus quam triginta diebus. Vgl. Note o des Lehrbuchs. Die Worte vel modico tempore etc. heißen: in einer Zeit von 30 Tagen. Althof, das interd. de it. actuque priv. 1836 übersetzt das vel mit „oder", v. Vangerow, Leitfaden für Pand.-Vorles. Bd. 1. §. 355 richtiger nimmt das vel in der gewöhnlichen Bedeutung „auch nur wenigstens," nicht disjunctiv; übrigens erklärt er die Stelle, wie jener: mehrere Handlungen, die nicht über 30 Tage auseinander liegen. (In diesem Sinne müßte dierum stehen. A. d. H.)

ceptio vitiosae possessionis zulässig ist. Nach Beschaffenheit der Servitut wird sodann entweder die Analogie der aqua oder des iter und actus einzutreten haben.

Bei den Reallasten ist als gegenwärtiger Besitz die Ausübung bei der letzt vorgekommenen Gelegenheit, z. B. bei Zehnten, oder wenn diese nicht, wie der Zehnt, auf besondere Zeiten beschränkt ist, im letzten Jahr zu betrachten. Eine einmalige Ausübung für hinreichend zu halten, hat hier kein Bedenken, da keine einseitige Handlung, sondern die Thätigkeit des Anderen dazu gehört.

Interdicta recuperandae possessionis.

Diese giebt das römische Recht nur bei den Rechten, die mit einer Detention der Sache verknüpft sind, Personalservituten und Superficies. Hier ist eine Dejection möglich, daher das interdictum de vi statthaft, wofür der Prätor in der Anwendung auf den Ususfructus eine besondere Formel auf vi prohiberi uti frui gab. Nicht bei den übrigen Rechten, quia nemo de mero iure detruditur. Man hat die Spolienklage auch auf die übrigen Rechte anwenden wollen; in der That ist gar kein Bedürfniß, ein recuperatorisches Rechtsmittel hier zu geben.

Das interdictum de precario setzt eine Veräußerlichkeit des Rechts voraus, weil nur so der juristische Quasibesitz übertragen werden könnte. Daher kann es nur bei der Superficies vorkommen. Bei den neueren Rechten nur unter der gleichen Voraussetzung.

Etwas anderes ist prekäre Gestattung durch den Eigenthümer, worauf sich die exceptio precariae possessionis gegen den Quasibesitzer bezieht, [wenn dieser das interdictum retinendae possessionis gegen den Eigenthümer anstellen wollte].

Fünftes Buch.

Die Rechte an Sachen.

Erstes Kapitel.

Allgemeines.

Dingliche Rechte.

§. 140.

Nach der Eintheilung der Klagen hat man auch eine ihr entsprechende Eintheilung der Rechte in dingliche und persönliche angenommen, [wobei denn dingliche Rechte alle diejenigen sein sollen, welche nicht Obligationen sind]. Dann wird aber „dingliches Recht" auch in einem viel bestimmteren Sinn genommen, als Recht an einer Sache. Jener allgemeine Gebrauch hat viele Verwirrungen und Irrthümer hervorgerufen, [weil man, was von Rechten an Sachen gilt, auch auf die übrigen sogenannten dinglichen Rechte übertrug]. Es ist nothwendig, ihn ganz zu vermeiden [und diesen Ausdruck nur für die Rechte an Sachen zu gebrauchen]. S. das Nähere im Lehrbuch.

Classification der Rechte an Sachen.

§. 141.

[Unsere Macht über eine Sache ist entweder eine totale (Eigenthum), oder eine partielle (ius in re aliena). Letztere liegt an sich im Eigenthum, ist aber von diesem getrennt und einem Anderen als dem Eigenthümer übertragen.

Es fragt sich, welchen Einfluß die Herrenlosigkeit einer Sache auf die iura in re hat?] An einer herrenlosen Sache kann kein ius in re entstehen; aber Servituten, Pfandrecht 2c. hören nicht auf dadurch, daß die Sache herrenlos wird.

Revocabilität dinglicher Rechte.

§. 142.

Ein Recht an der Sache kann jemanden so zustehen, daß seine Dauer beschränkt ist, ohne daß diese Beschränkung in der Natur desselben selbst liegt. In diesem Fall existirt ein revocables Recht. So das Eigenthum, welches ohnehin seiner Natur nach keiner Beschränkung in seiner Dauer unterworfen ist, also nur willkührlich dieser Beschränkung unterliegen kann. Also nicht gehören dahin die persönlichen Servituten darum, daß sie ihrer Natur gemäß eine auf das Individuum beschränkte Dauer haben, wohl aber wenn ihnen noch eine andere Beschränkung willkührlich beigefügt ist. Bestimmter ausgedrückt: revocabel wird ein Recht durch eine Resolutivbedingung oder einen Endtermin. Welche Wirkung äußert nun die Revocabilität 1) auf das Recht selbst a) vor, b) nach Eintritt des Umstands, der es aufheben soll; 2) auf andere Rechte, die sich von jenem ableiten?

1) Wirkung der Revocabilität auf das Recht vor dem Eintritt des Endigungsgrundes. Die Revocabilität hat hier keine Wirkung, das Recht besteht so vollkommen, wie wenn ihm keine Endigung bevorstände. Wenn also das Recht an einen Anderen fallen soll, so hat dieser jetzt kein Recht an der Sache.[1]

2) Wirkung der Revocabilität auf das Recht nach dem Eintritt des Endigungsgrundes.

a) Formelle Wirkung. Bei der Frage, ob das Recht ipso iure sich endigt, oder nur ein Recht auf Aufhebung, beziehungsweise Rückgabe begründet wird, ist zwischen Bedingung und Endtermin zu unterscheiden. Der Eintritt der Resolutivbedingung hebt das Recht ipso iure auf, das Eigenthum also fällt ohne weitere Thätigkeit an den Ertheiler zurück; dieser gilt im Moment des Eintritts als Eigenthümer, hat daher die Vindication, nicht eine bloße persönliche Klage auf Rückübertragung. Natürlich kann der Berechtigte auch eine Contractsklage gebrauchen, wenn er etwa diese vorzieht, und die Bedingung durch den Contract gesetzt ist, z. B. [die Sache ist verkauft und tradirt worden, aber

1) Vergl. insonderheit L. 3. C. de pact. inter emt. (4, 54). (Note a des Lehrbuchs.)

eine Resolutivbedingung hinzugefügt: der Käufer solle in einer bestimmten Zeit bezahlen. Bezahlt nun der Käufer nicht, so ist die Bedingung eingetreten und der Verkäufer kann gegen Jeden, der die Sache hat, die Vindication anstellen, aber auch die actio venditi gegen den Käufer auf den Kaufpreis.] Dieser Rückfall ipso iure geht aus der Natur der Bedingung hervor, er wird aber auch auf das unzweideutigste im geschriebenen Recht ausgesprochen, s. die beiden ersten Stellen der Note b des Lehrbuchs.[2] Dieselben zeigen auch, daß es auf die gebrauchten Worte nicht ankommt, wie manche ältere Juristen geglaubt haben, z. B. inemtus fieret, inemtus sit, [nämlich wenn die Parteien gesagt hätten, fundus inemtus sit, so sei beim Eintritt der Bedingung das Geschäft ipso iure nichtig und der Verkäufer habe die Rei Vindicatio; anders wenn sie gesagt hätten, inemtus fiat, in welchem Falle der Verkäufer nur eine persönliche Klage habe]. Kein Unterschied ist zwischen verba directa[3] und indirecta.[4] Es kommt nur darauf an, was die Parteien intendirten, ob eine Bedingung, oder nicht. Die Meinung ist nur entstanden, um einen angeblichen Widerspruch zu beseitigen der L. 3. C. de pact inter emt.,[5] [welche Stelle aber nicht von der Wirkung nach dem Eintritt der Bedingung spricht, sondern von dem Zustand vor derselben].[6] Ueber eine noch weitergehende, aber höchst leichtsinnige

---

2) L. 41. pr. D. de R. V. (6, 1): Si quis hac lege emerit, ut si alius meliorem conditionem attulerit, recedatur ab emtione, post allatam conditionem iam non potest in rem actione uti. Sed et si cui in diem addictus sit fundus, antequam adiectio sit facta, uti in rem actione potest, postea non poterit. In dieser Stelle wird unterschieden: nicht der Fall eines zweiten Gebots 1) zum Vortheil des Käufers, 2) des Verkäufers, sondern 1) ohne dies, 2) mit dies [bei der in diem addictio ist stets ein bestimmter Zeitraum für die Bedingung festgesetzt, obgleich diese sonst dieselbe ist]; auch dieser dies ist hier eine Bedingung. — L. 4. C. de pact. inter emt. (4, 54): Commissoriae venditionis legem exercere non potest, qui post praestitutum pretii solvendi diem non vindicationem rei eligere, sed usurarum pretii petitionem sequi maluit.

3) (Z. B. der Kauf solle als nicht geschlossen gelten. A. d. H.)

4) (Z. B. der Käufer solle schuldig sein, die gekaufte Sache wieder herauszugeben. A. d. H.)

5) Der Fall der L. 3. C. cit. de pact. inter emt. (4, 54) ist: [ich habe ein Haus verkauft, und wenn der Kaufpreis nicht innerhalb eines Jahres bezahlt ist, soll der Kauf rückgängig sein. Nun wird mein Käufer schon vorher insolvent oder wirthschaftet schlecht mit dem Hause; kann ich es nun gleich vindiciren? Nein, denn ich habe kein Eigenthum an demselben. Doch kann ich augenblicklich mit der actio venditi klagen, weil der Kaufcontract ein bonae fidei negotium ist]. Vergl. über diese Stelle und überhaupt den Excurs in Beilage XIII.

6) (Die Nachschrift von Parbs a. a. O. S. 55, 56 wirft hier Alles durcheinander. A. d. H.)

Meinung s. das Lehrbuch Note b a. E. Es ist nicht mehr nöthig, sie erst zu widerlegen. — Eine Suspensivbedingung hat für den jetzigen Eigenthümer die Wirkung einer Resolutivbedingung.[7]

Ein Endtermin hebt das Recht nicht ipso iure auf, er giebt nur ein Recht, seine Aufhebung oder Unwirksamkeit zu fordern, entweder durch Exceptio, oder durch eine persönliche Klage.[8] Dies hat Ausnahmen α) aus inneren Gründen, bei den persönlichen Servituten. Diese sind ihrer Natur nach auf eine Zeit beschränkt, nur auf eine unbestimmte, die Lebenszeit des Berechtigten. Dieselbe Wirkung wird hier auch eine bestimmte Zeit haben müssen.[9]

β) Durch singuläre Bestimmung, bei dem Eigenthum des Ehemanns an Dotalsachen. Dieses ist revocabel durch einen Endtermin. Nach ius commune wirkt dessen Eintritt, die Auflösung der Ehe, eine Forderung gegen den Ehemann oder seine Erben auf Rückgabe für den, an welchen die Dos fällt. Eigenthümer wird dieser erst durch Restitution. Dieser Grundsatz gilt auch als Regel. Nur für die Frau, wenn sie die Berechtigte ist, gilt eine Ausnahme. Justinian hat sie nämlich auf alle mögliche Weise sichern wollen.[10] Schon nach älterem Recht hatte sie im Fall des Concurses ein privilegium exigendi; Justinian gab ihr noch eine gesetzliche Hypothek [am ganzen Vermögen des Mannes], endlich aber auch das Recht der Vindication, wenn die Sache noch vor-

---

7) L. 66. D. de R. V. (6, 1).

8) (Der Zusatz bei Parbs a. a. O. S. 56 „z. B. ich bestelle Jemanden ein Pfandrecht an meiner Sache auf drei Jahre, nach deren Ablauf steht seiner Pfandklage diese Exceptio entgegen", würde einen ganz falschen Satz enthalten, den nach §. 202 Note h des Lehrbuchs der Verf. nicht gelehrt haben kann. A. d. H.)

9) (Dieselbe temporäre Natur hat das Pfandrecht, s. die vorige Note a. E., ja seit L. 26. C. de legatis (6, 37), L. 2. C. de don. quae sub modo (8, 55) vergl. mit fr. vat. §. 283, nach welchen Justinian selbst temporäre Legate, Schenkungen und Dosbestellungen zuläßt, sogar das Eigenthum selbst. A. d. H.)

10) L. 30. C. de iur. dot. (5, 12): In rebus dotalibus sive mobilibus sive immobilibus seu se moventibus, si tamen exstant, sive aestimatae sive inaestimatae sint, mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium praerogativam (iubemus) et neminem creditorum mariti, qui anteriores sunt, posse sibi potiorem causam in his per hypothecam vindicare; cum eaedem res et ab initio uxoris fuerint et naturaliter in eius permanserint dominio. Non enim quod legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videatur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est. Volumus itaque eam in rem actionem in huiusmodi rebus quasi propriis habere, et hypothecariam omnibus anteriorem possidere, ut sive ex naturali iure eiusdem mulieris res esse intelligantur, sive secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam pervenisse videantur, per utramque viam, sive in rem sive hypothecariam ei plenissime consulatur — —.

handen ist, so daß also das Eigenthum ipso iure an sie zurückfällt. Aber dieser Rückfall hat zwei Voraussetzungen: α) res exstantes, nicht bloß natürlich existirend, denn dies als Beschränkung ausdrücklich zu erwähnen, würde albern gewesen sein, sondern im Vermögen des Mannes existirend, nicht veräußert oder verpfändet (s. Note f des Lehrb.). Mithin wird eine Veräußerung nicht rescindirt. β) Die Frau muß nicht etwa den anderen Weg der Befriedigung vorziehen (was unter Umständen vortheilhafter sein kann, z. B. die Sachen sind durch Schuld des Mannes beschädigt). Dann aber soll dies sogar von den res aestimatae gelten, obwohl diese eigentlich gar nicht mehr Dotalsachen sind. Unter diesen Voraussetzungen also wird die Frau als Eigenthümerin von Trennung der Ehe an behandelt. Dies kann man Rückfall ipso iure nennen, im Gegensatz gegen die Nothwendigkeit einer Eigenthumsübertragung. Nicht aber, als wenn gar keine Erklärung der Frau dazu gehörte. Wegen dieser Voraussetzungen gilt doch noch auch hier die Regel als Regel.

Manche ältere Juristen haben in diesen Rückfall fälschlich mehr hineinlegen wollen, als darin liegt, namentlich durch Vernachlässigung der Voraussetzungen. Auf der anderen Seite hat v. Löhr[11] mit Unrecht jede Aenderung Justinians in dieser Hinsicht geleugnet. Die Stelle unterscheidet unverkennbar zwischen der rei vindicatio und actio hypothecaria. Ein dritter Irrthum[12] ist, diese Singularität zur Regel machen zu wollen. Endtermin und Bedingung haben ihrer Natur nach verschiedene Wirkung.

b) Materielle Wirkung: von welcher Zeit an wird das Recht als aufgehoben oder unwirksam behandelt?

Bei der Bedingung beantwortet sich die Frage nach der Natur der Bedingung so: die Bedingung wird retrotrahirt, daher muß die Sache so behandelt werden, als hätte das Recht von Anfang an (von dem Geschäft an, welches die Bedingung enthält) nicht existirt. Die Aufhebung geschieht rückwärts, resolvitur ex tunc. S. oben die Lehre von den Bedingungen, namentlich auch in Beziehung auf Früchte, [welche ebenfalls restituirt werden müssen].

Bei dem Endtermin ist die bisherige Dauer anzuerkennen,

11) Magazin für Rechtswissensch. u. Gesetzgebung Bd. IV. (1820) S. 72. ff.
12) Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandekten-Rechts (4. Aufl. 1844. bes. von v. Madai) §. 267. Note 7 und die dort Citirten.

resolvitur ex nunc. Dies hat keine Ausnahme, auch in jenen Fällen, wo die Aufhebung ipso iure eintritt. Die persönliche Klage geht allerdings auf die Früchte von der Zeit an, wo die Verbindlichkeit zur Restitution eintrat, aber nicht auf die früheren.

3) Wirkung der Revocabilität auf andere Rechte, die sich von dem revocablen Recht ableiten.

a) Der revocable Eigenthümer hat die Sache während seines Eigenthums veräußert oder iura in re daran gegeben. Dies konnte er, denn er war Eigenthümer, s. oben. Aber was ist das Schicksal dieser Rechte finito dominio revocabili? Man sagt: resoluto iure dantis resolvitur ius accipientis. Aber dies ist zu allgemein.

Wo die Revocabilität bloß eine persönliche Klage giebt, mit der sie geltend zu machen ist, da werden nie dadurch die von dem revocablen Eigenthümer verliehenen Rechte betroffen. Hat er veräußert, so kann nicht gegen den Besitzer geklagt werden, eben weil die Klage nur eine persönliche ist, und was von der totalen, gilt natürlich auch von der partiellen Veräußerung. Der zur Rückerwerbung Berechtigte kann nur gegen den revocablen Eigenthümer auf Rückgabe oder das Interesse klagen, z. B. actio redhibitoria.

Wo das Eigenthum ipso iure wegen eines Endtermins zurückfällt, also in dem obenerwähnten Ausnahmsfall, bleiben doch ebenfalls die bisherigen Wirkungen des Eigenthums stehen. Also das verliehene Eigenthum, Servitut, Pfandrecht.

Anders dagegen bei der Endigung durch eine Bedingung. Die resolutio ex tunc bringt es mit sich, daß alle bisherigen Wirkungen des revocablen Eigenthums vernichtet werden, [weil es so angesehen werden soll, als sei der revocable Eigenthümer nie Eigenthümer gewesen], also alle Rechte, die aus dem Dasein dieses revocablen Eigenthums sich ableiten (welches eben als bloßes Scheindasein sich erwiesen hat). Hier also gilt jenes Sprichwort: resoluto sc. ex tunc iure dantis resolvitur ius accipientis.

L. 3. D. quib. mod. pignus (20, 6)[13] bestätigt dies, scheint aber eine Ausnahme zu machen [indem das vom Käufer inzwischen bestellte Pfandrecht nicht mit aufgehoben wird, wenn er von dem ihm zugestandenen Reurecht Gebrauch macht] bei der Bedingung nisi emtori displicuisset. Man hat diese entweder allgemein

13) Vergl. Note c des Lehrbuchs.

gefaßt auf alle Potestativbedingungen für den jetzigen Berechtigten, z. B. Mühlenbruch in den früheren Ausgaben seines Lehrbuchs, oder speciell auf das pactum displicentiae bezogen, wie der genannte Schriftsteller in der neuesten Ausgabe. Das Wahre ist, eine solche Bedingung ist an sich wie eine andere, aber in der Bestellung eines Rechts liegt ein Verzicht auf die Bedingung, wenn der Käufer nicht als Betrüger gehandelt hat.

b) Auch ein ius in re kann zur Veräußerung oder Bestellung anderer Rechte berechtigen, so Emphyteusis, Superficies. Ist nun dieses Recht revocabel, so sind es auch die von dem Berechtigten gegebenen Rechte, nach der Regel resoluto ex tunc iure dantis etc. Bei diesen aber kann auch ohne Revocabilität ein Untergang der Rechte eintreten, s. nachher.

Außer dem Fall der Revocabilität (und zwar ex tunc) sind die von dem Eigenthümer gegebenen Rechte unabhängig von der Dauer des Eigenthums des Ertheilers. Der Verlust des Eigenthums beeinträchtigt die einmal entstandenen iura in re nicht, z. B. Servituten, Pfandrecht. Sie sind so gut wie das Eigenthum selbstständige Rechte an der Sache, onera der Sache. Res transit cum suo onere.

Dies gilt auch von der Emphyteusis und Superficies, wenn vermöge derselben iura in re bestellt sind. Der Wechsel des Emphyteuta ꝛc. thut diesen keinen Eintrag, wohl aber der völlige Untergang des Rechts, aus dem sie sich ableiten. Dies hat einen anderen Grund, als die Endigung wegen Revocabilität, ist daher nicht unter den Grundsatz resoluto iure etc. zu stellen. Der Stoff dieser bestellten Rechte ist nämlich nicht eigentlich die Sache, wie wenn der Eigenthümer sie bestellte (obwohl es der Form nach so behandelt wird), sondern das Recht des Ertheilers, von dem der Berechtigte gleichsam einen Theil erhält. Wie nun durch den Untergang der Sache, so hören diese Rechte mit dem objectiven Untergang des Rechts, aus dem sie fließen, auf. Der Untergang fällt also nicht unter das Princip der Revocabilität, sondern unter das des Untergangs des Gegenstands.

Erwerb und Verlust der dinglichen Rechte.

§. 143.

Soll es für den Erwerb und den Verlust der dinglichen Rechte allgemeine Grundsätze geben, die für alle dinglichen Rechte gelten,

und auch nur für diese, so müssen sie ihren Grund in dem Begriff der dinglichen Rechte oder in einem singulären Grundsatz haben, [es muß ein Gesetz willkührlich einen Aenderungsgrund feststellen, und dies ist für den Verlust derselben wirklich der Fall].

Der letzteren Art sind die Bestimmungen über die Veräußerung einer Sache durch den Fiscus oder den Regenten und seine Gemahlin (s. Lehrbuch). Aber es giebt auch nothwendige Endigungen: ein Recht kann nicht länger dauern, als sein Gegenstand, alle dinglichen Rechte hören auf mit dem Untergang der Sache.

Diese Wirkung hat vor allem der natürliche Untergang der Sache. Eine Modification tritt hier ein, insofern die Eigenthumsklage auch gegen den dolo desinens possidere geht [und ein solcher ist auch derjenige, welcher die Sache absichtlich vernichtet]. Diese Ausnahme ist jedoch nur scheinbar, die Klage erhält hier den Charakter einer persönlichen, eine Fortdauer des Eigenthums wird nicht angenommen.

[Aber nicht blos der natürliche], auch der juristische Untergang [der Sache, z. B. durch Entziehung des Commerciums] hat die bezeichnete Folge; er zerstört alle Rechte, so z. B. wenn ein Grundstück von einem öffentlichen Flusse occupirt wird. Hiervon ist eine bloße Ueberschwemmung zu unterscheiden, auch wird [bei einer wirklichen Occupation] auf den [früheren] Eigenthümer [billige] Rücksicht genommen, wenn die Occupation eine bloß vorübergehende war.

Die Occupation von Sachen durch den Feind zerstört alle Rechte an denselben. Dies hat jedoch folgende Voraussetzungen: 1) Bemächtigung durch den Feind [d. h. durch ein fremdes Volk, mit welchem das unsrige im Kriege ist, nicht durch Räuber oder im Bürgerkriege]. Heutzutage wird nur diejenige Occupation, die mit dem Begriff des Eroberten und Erbeuteten zusammenfällt, so angesehen. 2) Wirksame Occupation, d. h. der Erbeutende muß die Sache [für jetzt wenigstens] schon in Sicherheit [intra praesidia] gebracht haben. — Die Rechte [an einer solchen Sache] gehen in diesem Fall unter und wachen nicht wieder auf, mit Ausnahme der Sachen, welche mit dem Postliminium[1] wiederzurückkehren. Die neueren Rechte haben diese Bestimmungen verändert; nach preußischem Landrecht haben alle Sachen das Postliminium,

1) (Tit. Dig. de captivis et de postliminio XLIX, 15, Cod. de postlim. reversis VIII, 51. S. Note b des Lehrb. A. d. H.)

doch mit Verpflichtung des Eigenthümers zum Ersatz des Aufwandes an den Erwerber.

[Jedes Recht an einem wilden Thiere setzt die Unterdrückung seiner Freiheit voraus, daher hört es auf, wenn das Thier seine Freiheit wieder erlangt.] Für den Erwerb der dinglichen Rechte giebt es keine gemeinsame Theorie, [weder durch singuläre Rechtsvorschrift, noch durch einen im Begriffe dieser Rechte liegenden inneren Grund]. Manche haben zwar geglaubt, die Uebertragung eines dinglichen Rechts könne nur durch Tradition geschehen [und dies sei das Princip für die dinglichen Rechte], welche Ansicht man früher in das Naturrecht aufgenommen hatte. Dies ist jedoch eine reine Erdichtung. Die Form der Tradition steht in keinem nothwendigen Zusammenhang mit dem Gegenstande, sie ist eine positive Form, die nur gilt, wo das Recht sie vorschreibt. [An sich könnte das Eigenthum eben so gut durch einen bloßen Vertrag übertragen werden.]

Früher war eine Lehre herrschend, [die man für einen gemeinsamen Grundsatz über die Erwerbung aller dinglichen Rechte hielt. Sie war noch im vorigen Jahrhundert allgemein; obgleich] sich heutzutage nicht leicht jemand zu ihr bekennen wird, hat sie für uns noch deswegen ein Interesse, weil sie Mutter von sehr erheblichen Irrthümern geworden ist. Dies ist die Lehre vom titulus und modus adquirendi. Man hat dieselbe abstrahirt von dem Eigenthumserwerb durch Tradition, wo eine iusta causa erforderlich ist.

Dies hat man für ein allgemeines Erforderniß gehalten und behauptet, jeder Erwerbung gehe ein titulus vorher und dann folge der modus adquirendi, wodurch das dingliche Recht entstehe. Der titulus gebe ein ius ad rem, der modus ein ius in rem. Diese Lehre ist schon nicht einmal richtig für die Tradition, [sondern nur abstrahirt von der Tradition in Folge des Kaufes; sie gilt z. B. nicht von der bei einer Schenkung vorkommenden Tradition, der kein iustus titulus in Gestalt eines ius ad rem, keine Forderung, vorausgeht, indem hier der Titel mit der Tradition zusammenfällt. Darum mußte man schon den bestimmten Begriff des Titels als einer Forderung aufgeben; aber man sagt nun, der Titel sei ein rechtlicher, nicht gerade obligatorischer, Anspruch auf die Sache, welcher der Tradition vorausgehe]. Dies beruht überhaupt schon auf einer sehr oberflächlichen Betrachtungs-

weise; [da kam noch eine neue Verlegenheit. Bei der Occupatio und der Accessio fehlte ja der Titel. Hier, sagte man, ist das Gesetz der Titel, der Rechtssatz: res nullius cedit primo occupanti etc. Dann aber müßte man bei der Tradition zwei Titel annehmen, das Gesetz und das Kaufgeschäft. Die ganze Lehre ist verdreht, auf der einen Seite ist das Ding zu lang, auf der anderen zu kurz. So hatte sich nun der titulus adquirendi verflüchtigt in die bloße rechtliche Möglichkeit des Erwerbs, und das ganze Geheimniß dieser Lehre löste sich auf in den trivialen Satz: jeder Wirklichkeit muß eine Möglichkeit voraufgehen. Dieser Grundsatz aber gilt nicht bloß von den dinglichen Rechten, sondern von allen Rechten, ja von allen juristischen und nicht juristischen Dingen]. Jede Trivialität aber, die sich für etwas besonderes ausgiebt, [ist ein Irrthum und] führt zu Irrthümern, [wie es hier geschehen ist. In Preußen ist es ganz besonders nothwendig, dies festzuhalten, da das allgemeine Landrecht jene Theorie ebenfalls enthält. Einen Irrthum aber kann kein Gesetzgeber legalisiren.]

Zweites Kapitel.

Das Eigenthum.

Inhalt des Eigenthums.

§. 144.

Die Elemente des Begriffs von Eigenthum sind folgende:

1) Der Gegenstand des Eigenthums ist eine Sache, ein körperlicher Gegenstand. Das Wort dominium wird zwar auch für Rechte an unkörperlichen Gegenständen gebraucht, weil es ursprünglich rechtliche Herrschaft bedeutet. Daher heißt Eigenthum vollständig: rerum dominium, und das Wort rerum ist nur weggelassen worden, [nicht aber liegt in jenem weiteren Gebrauche des Wortes eine Ausdehnung des Begriffes des Eigenthums auf unkörperliche Dinge]. Auch im Deutschen hat man „Eigenthum" in dem weiteren Sinne einer Berechtigung gebraucht. Dies ist [wenigstens in der Jurisprudenz] zu vermeiden; mit ungenauen Worten stellen sich gelegentlich auch ungenaue Begriffe ein. Es liegt allzunahe, wenn man z. B. von Eigenthum an Schuldforderungen spricht, auch die Grundsätze des Eigenthums darauf anzuwenden.

2) Das Eigenthum ist die totale Unterwerfung der Sache. Daher ist [an sich] jede Befugniß über eine Sache im Eigenthum enthalten. Die einzelnen Befugnisse sind deshalb hier nicht aufzuzählen, sie kommen erst bei den Beschränkungen des Eigenthums zur Sprache, [so die Benutzung der Sache erst bei den Servituten, von denen die umfassenste der Ususfructus ist, im Gegensatze zu dem das bloße Eigenthum proprietas heißt. Man hat von einem ususfructus causalis sc. domini, der die causa seines Ususfructus in seinem Eigenthum finde, gesprochen und im Gegensatz hierzu den wirklichen Ususfructus ususfructus formalis genannt; allein es giebt nur den letzteren, der erstere ist kein Ususfructus, sondern eine einzelne Ausübungsart des Eigenthums. Ebenso kommt das Veräußerungsrecht erst beim Pfandrecht und den Veräußerungsverboten zur Sprache.] Früher war es gewöhnlich, die Eigenthumsbefugnisse in Proprietätsrechte und Nutzungsrechte einzutheilen, eine unnütze Classification, welche sich nicht durchführen läßt, [indem sie zwar in Bezug auf den Ususfructus einen bestimmten Sinn hat, aber auf andere Verhältnisse sich nicht anwenden läßt. Einen allgemeinen Begriff von Proprietäts- und Nutzungsrechten giebt es nicht].

3) In der Totalität des Eigenthums liegt auch die Ausschließlichkeit desselben, nicht gegenüber anderen Rechten, sondern gegenüber anderem Eigenthum. Es können deshalb nicht mehrere Eigenthümer derselben ganzen Sache sein. Ist auch ein Eigenthum an Theilen möglich? a) An körperlichen Theilen ist ein Eigenthum pro diviso möglich, mit Ausnahme der integrirenden Theile, [an denen kein Eigenthum Mehrerer möglich ist, weil nur eine innerlich selbstständige Sache Gegenstand des Eigenthums sein kann. Dagegen steht der Mangel der äußeren Selbstständigkeit,] der körperliche Zusammenhang [mit einer fremden Sache], dem Eigenthum nicht entgegen, [während der Besitz durch denselben ausgeschlossen wird]. Manche Juristen haben behauptet, L. 8. D. de rei vind.[1] läugne diese Möglichkeit an beweglichen

---

1) L. 8. D. de R. V. (6, 1): Pomponius libro trigesimo sexto probat, si ex aequis partibus fundum mihi tecum communem tu et Lucius Titius possideatis, non ab utrisque quadrantes petere me debere, sed a Titio, qui non sit dominus, totum semissem. Aliter atque si certis regionibus possideatis eum fundum; nam tunc sine dubio et a te, et a Titio partes fundi petere me debere. Quoties enim certa loca possidebuntur, necessario in his aliquam partem meam esse, et ideo te quoque a Titio

Sachen pro diviso; dieselbe handelt jedoch nicht vom Eigenthum, sondern vom Besitz, welchen hier nicht Mehrere pro diviso haben können. b) [Ein Eigenthum ist auch möglich an ideellen Theilen der Sache.]

Eine Sache kann Mehreren pro indiviso gehören; [dies ist das eigentlich so genannte Miteigenthum, condominium]; hier ist jeder ausschließlicher Eigenthümer seines ideellen Theils, [nur daß dieser noch nicht bestimmt ist. Es kann also Jeder beliebig über seinen Antheil verfügen, z. B. ihn veräußern, was der andere condominus nicht hindern kann, sobald jener auf seinen quoten Theil sich beschränkt. Anders, wenn die Verfügung die Sache körperlich afficirt, denn an jedem körperlichen Theile der Sache ist der Andere mit berechtigt, so lange die Sache noch nicht getheilt ist.] Jeder Miteigenthümer hat [in einem solchen Falle] ein Veto gegen einseitige Verfügungen [der Anderen] über die Sache. Gegen ein nachtheiliges Veto giebt die Theilung eine Hülfe [und durch die Theilung wird das Miteigenthum aufgehoben]. In einem Falle aber ist eine gesetzliche Beschränkung des Veto [ohne sofort auf Theilung zu verweisen] geboten: wenn nämlich eine Reparatur [eines gemeinschaftlichen Gebäudes] nothwendig wird, so kann der Andere sie besorgen, [selbst gegen den Widerspruch seines Miteigenthümers] und die [fortdauernde] Weigerung der Theilnahme an den Kosten [der Reparatur] kann [sogar] das Eigenthum verwirken. (S. das Lehrb. §. 152 a. E.)

Beschränkungen des Inhalts.

§. 145.

Hier sind zu unterscheiden Beschränkungen des Eigenthums und des Eigenthümers. Die Beschränkungen des Eigenthums bestehen in der [gänzlichen oder theilweisen] Wegnahme einzelner Befugnisse [aus dem Eigenthum]. Ihnen, namentlich denen, welche einem Anderen ein Recht an der Sache geben, gegenüber heißt die Unbeschränktheit: Freiheit des Eigenthums, libertas rei.

Es giebt zwei Classen von Beschränkungen des Eigenthums:

1) Durch iura in re, welche anderen Personen zustehen.

---

quadrantem petere debere. Quae distinctio neque in re mobili, neque in hereditatis petitione locum habet; nunquam enim pro diviso possideri potest.

2) Auch ohne ius in re. Dahin gehört eine Beschränkung des Eigenthums durch eine Rechtsvorschrift, z. B. die sogenannten Legalservituten.[1] Ferner gehören hierher die Veräußerungsverbote, welche uns hier beschäftigen sollen. Bei einem Veräußerungsverbote kommen drei Punkte zur Sprache:

a) Der Umfang des Verbots. Hierin ist enthalten nicht nur die totale Veräußerung, das Aufgeben des Eigenthums selbst, sondern auch das einzelner Bestandtheile, die partielle Veräußerung, daher [ist durch das Verbot der Veräußerung auch die Bestellung von iura in re] z. B. von Servituten, Pfandrecht [untersagt]. Eine bloß persönliche Beschränkung des Eigenthümers [indem er z. B. die Sache einem Anderen zur Benutzung überläßt] ist keine Veräußerung, [und dieses also nicht mit verboten], ebensowenig der Uebergang des Eigenthums auf die Erben. [An sich ist ein Veräußerungsverbot in jenem vollen Sinne zu nehmen, so daß nicht bloß die totale, sondern auch die partielle Veräußerung verboten ist, wenn es sich nicht ausdrücklich auf eine oder die andere Art beschränkt. (S. Note a des Lehrb.)]

b) Die Quelle des Verbots. Sie ist eine dreifache: Gesetz — richterliche Verfügung — Privatwillkühr [und diese wieder Testament oder Vertrag].

c) Die Wirkung des Veräußerungsverbots.[2] Diese kann eine doppelte sein:

α) Ungültigkeit der Veräußerung. Diese ist entweder eine einfache, so daß das Recht dem Veräußerer bleibt, oder es wird durch die Veräußerung das Eigenthum verwirkt und fällt einem anderen zu, zu dessen Gunsten das Veräußerungsverbot besteht. Als Regel ist das erste anzunehmen.

β) Die Veräußerung ist gültig, nur giebt die darin liegende Verletzung einem Anderen das Recht, den Veräußerer auf das Interesse oder die etwa gesetzte Strafe zu belangen. In diesem Fall ist das Veräußerungsverbot ebenfalls wirksam, aber es ist nicht eine Beschränkung des Eigenthums, denn die Veräußerungsbefugniß ist nicht aus dem Eigenthum herausgenommen.

Die erste vollkommene Wirkung haben die gesetzlichen und richterlichen Veräußerungsverbote. Wenn die Veräußerung nichtig

---

1) S. das Nähere darüber im Lehrbuch.
2) Vergl. Beil. XIV.

ist, wird der Empfänger nicht Eigenthümer, die Vindication hat der Veräußerer. [Manche haben das überhaupt geläugnet, Manche wenigstens dann, wenn nicht das Verbot zu Gunsten des Veräußerers selbst gemacht sei.] Daß dieser selbst veräußert hat, entzieht ihm nicht die Vindication, eben weil er Eigenthümer ist. Es ist aber möglich, daß der Empfänger gegen die Vindication die exceptio doli hat, wegen Restitution des Kaufpreises, wegen Entschädigung überhaupt, oder wegen bevorstehender Convalescenz der Veräußerung. [In vielen Fällen aber wird der Rei Vindicatio keine Exceptio entgegenstehen, und dann steht die Vindication dem Veräußerer nicht bloß zu, sondern hat auch Wirkung.]

Die Wirkung eines Veräußerungsverbots durch Privatwillen ist, daß jemand ein Recht zur Geltendmachung des Veräußerungsverbots erhält.

1) Testamentarische Verbote sind unwirksam, wenn kein Berechtigter da ist. Ist aber ein solcher vorhanden, so ist dieses Recht entweder ein Vermächtniß an den Anderen unter der Bedingung der Veräußerung; hier hat der Berechtigte die Rechtsmittel aus dem Legat, wozu auch die Vindication gehört [und daher ist die Veräußerung hier nichtig, der Berechtigte kann die Sache von dem Empfänger vindiciren. Hier fällt das testamentarische Veräußerungsverbot unter ein gesetzliches, nämlich, daß vermachte Sachen nicht veräußert werden dürfen]. Oder es ist dem Vermächtnißnehmer die Veräußerung unter einer Resolutivbedingung untersagt. Dann fällt die Sache an den Onerirten zurück und die Veräußerung ist nichtig, vermöge der Natur dieser Bedingung.

2) Bei Verträgen kann dem Veräußerungsverbot ebenfalls die Wirkung der Nichtigkeit gegeben werden, durch Festsetzung als Resolutivbedingung, durch deren Eintritt das Eigenthum an den Ertheiler zurückfallen soll.

3) Bei einem vertragsmäßigen Verbot ohne Resolutivbedingung ist die Veräußerung nicht nichtig; der Berechtigte hat nur eine Forderung gegen den [verpflichteten] Veräußerer, [der die Nichtveräußerung versprochen hat. Man könnte glauben, die Stelle der Note a des Lehrb. stelle das vertragsmäßige Veräußerungsverbot dem gesetzlichen gleich. Dies ist nicht möglich. Sie handelt nur von dem Umfange, nicht von der Wirkung desselben, und in Bezug auf den Umfang stellt sie allerdings das vertrags-

mäßige Veräußerungsverbot dem gesetzlichen gleich]. Es sind hier zwei Fälle möglich: a) der Empfänger verpflichtet sich, nicht zu veräußern, widrigenfalls soll die Sache an den Geber zurückfallen. Hier hat der Geber die condictio causa data causa non secuta. [Aber diese Klage ist nur eine persönliche gegen den Veräußerer, nicht gegen die Veräußerung. S. Note c des Lehrb.] Die Veräußerung selbst kann nicht angefochten werden.[3] b) Bei einem sonstigen Veräußerungsverbot, wo der Rückfall an den Geber nicht verabredet ist, kann bloß auf das Interesse, oder auf eine Conventionalstrafe geklagt werden. [Die Wirksamkeit des Verbots setzt voraus: 1) einen klagbaren Vertrag; nach römischem Recht durfte das also nicht ein bloßes Pactum sein, ausgenommen ein pactum adiectum; 2) ein Interesse des Berechtigten; denn wenn ihm kein Schaden dadurch geschieht, so hat die Klage auf Schadensersatz keine Wirkung. Dies Erforderniß kann aber durch Verabredung einer Conventionalstrafe ersetzt werden.] Das vertragsmäßige Veräußerungsverbot kann garantirt werden durch Eintragen in das Hypothekenbuch; dies giebt dem Verbot keine höhere Sicherung, nur die Forderung wird dadurch gesichert. [Von diesen Grundsätzen hat man eine Ausnahme angenommen: wenn der Verpfänder dem Gläubiger versprochen habe, die Sache nicht zu veräußern. S. Note e des Lehrb. Aber die Stelle hat einen anderen Sinn nach einer anderen Lesart als der florentinischen.][4]

Form des Eigenthums.

§. 146.

Der Begriff des Eigenthums als der totalen Herrschaft über die Sache schließt ein danebenstehendes gleiches oder höheres Recht aus. Ein Recht an der Sache muß ein ius in re aliena sein. Das ius in re hat 1) nicht die Totalität des Eigenthums, so umfassend es auch sein möge, 2) wenn das ius in re das Eigenthum noch so sehr mindert, so ist es doch dem Eigenthum gegenüber etwas zeitiges, von welchem das Eigenthum befreit werden kann.

---

3) L. 3. C. de cond. ob causam datorum (4, 6).
4) (Vergl. Beilage XIV und Anm. 1. dazu. A. d. H.)

Dieser Grundsatz der Totalität wird nicht verletzt durch eine simultane Annahme des Eigenthums nach verschiedenen Rechtsprincipien. Dahin gehört:

1) Die Unterscheidung von quiritischem und bonitarischem Eigenthum [im alten Recht, d. h. es konnte Einer nach ius civile Eigenthümer sein, ein Anderer nach den Principien des prätorischen Rechts bonitarischer Eigenthümer. Eine Verletzung wäre es nur gewesen, wenn nach Civilrecht zwei Eigenthümer oder nach prätorischem Recht zwei Eigenthümer hätten sein können]. Die Collision zwischen diesem duplex dominium war eine Collision zwischen Civilrecht und prätorischem Recht. Das justinianische Recht hat sie aufgehoben.

2) Noch im neuesten Recht kommt vor die Unterscheidung zwischen dem wahren Eigenthum und dem fingirten des Usucapionsbesitzers, insofern diesem in der Publiciana eine Eigenthumsklage gegeben ist. Die Regel über die Collision s. unten bei der actio Publiciana. Eine ähnliche Unterscheidung würde sein die zwischen dominium civile und naturale oder dormiens, wenn es eine solche gäbe. Sie beruht indessen auf einer reinen Erdichtung.

3) Das staatsrechtliche Eigenthum an dem Territorium und das Privateigenthum an demselben oder an Theilen desselben bestehen neben einander, ungehindert [durch jenes Princip der Totalität], weil dieses Rechte sind, die auf ganz verschiedenen Gebieten liegen [und daher nicht in Collision mit einander gerathen können. Das Eigenthum am Territorium wird nur nach Außen wirksam. Auf den im Privateigenthum stehenden Grund und Boden, also] gegenüber den Unterthanen, hat der Staat nur insofern ein Recht, als das Privateigenthum unter Umständen den öffentlichen Exigenzen [dominium eminens] weichen muß, [indem z. B. für Staatszwecke die Unterthanen verpflichtet sind, ihr Privateigenthum abzutreten]. Auf diesen Conflict hat man die Lehre vom Obereigenthum des Staates bei öffentlichen Interessen begründen wollen, [das neben dem Privateigenthum bestehe.] Wäre dies richtig, so hätten wir ein doppeltes Eigenthum. Aber die Lehre vom Obereigenthum ist nichts als eine falsche Theorie, welche ein öffentliches Recht in die Form eines Privatrechts bringt. In Wahrheit ist es umgekehrt, das Privatrecht ist nur durch das öffentliche Recht beschränkt, das öffentliche Recht braucht nicht ein

Eigenthum zu sein. [Wäre es eine Beschränkung des Privateigenthums durch das Eigenthum des Staates, so müßte man ein Staatseigenthum an allen Grundstücken annehmen und die Eigenthümer derselben nur als Besitzer oder zu einem ius in re Berechtigte betrachten. Aber[1] das Eigenthum des Staats beschränkt sich auf die Domänen, die Privatpersonen sind allein Eigenthümer ihrer Grundstücke, nur daß dieses Eigenthum durch das öffentliche Recht beschränkt ist, indem dieses unter gewissen Voraussetzungen den Staat zum Erwerb der Grundstücke berechtigt, um sie zu öffentlichen Zwecken zu verwenden. Dies ist ein öffentliches Recht, kein Privatrecht, kann also auch nicht Eigenthum sein.]

Auch das Feudalsystem ist eine Auffassung öffentlicher Verhältnisse als Privatrechte, oder die Anwendung privatrechtlicher Begriffe auf das öffentliche Recht. Das Lehnsverhältniß beruht auf der gegenseitigen Treue des Lehnsherrn und Vasallen in gegenseitigem Dienst und Schutz. Damit hat man das Eigenthum in Verbindung gebracht, das Recht des Lehnsherrn als Obereigenthum, dominium directum behandelt, das des Vasallen als Nutzeigenthum, dominium utile. Ebenso gewisse Verhältnisse an Bauergütern. Nach und nach haben diese Verhältnisse ihren staatsrechtlichen Inhalt mehr und mehr verloren, und sind als reine privatrechtliche Anomalien stehen geblieben. Entweder müßte man ihnen wieder eine staatsrechtliche Bedeutung zu gewinnen suchen, oder man müßte ihnen eine wahre privatrechtliche Form geben.[2]

Erwerbung des Eigenthums.

§. 147.

S. das Lehrbuch.

Bei den Römern spielte eine große Rolle die Classification in civile und naturale Erwerbungen, theils in Beziehung auf die Wirkung, theils auf die Fähigkeit der Personen. Diese ist schon im justinianischen Recht eine Antiquität, um so mehr im heutigen. Abentheuerlich war es, ihr die in positivrechtliche und naturrechtliche Erwerbungen zu substituiren.

---

1) (Parbs hat dies „Aber" in seinem Heft für „Oder" gelesen und dazu vorher ein „Entweder" erfunden, wodurch die Stelle um alle Logik gebracht wird. A. d. H.)

2) (Vgl. Gerber, System des deutschen Privatrechts (4. Aufl. 1853) §. 77. A. d. H.)

Derivativer Erwerb.

Durch Besitzerwerb.

Tradition.

§. 148.

Der häufigste Fall einer Eigenthumserwerbung außer der Erbfolge ist die Uebertragung des Eigenthums von Seiten des bisherigen Eigenthümers. Von Seiten des letzteren ist der Act eine Veräußerung, von Seiten des Empfängers eine Succession.

Erforderlich ist vor allem die Fähigkeit des Einen, Eigenthum zu geben, des Anderen, es zu erwerben. Jene Fähigkeit hat regelmäßig der Eigenthümer, natürlich auch durch einen procurator oder quasi procurator, Vormund, Pfandgläubiger vermöge seines Pfandrechts (die Ausnahme beim Fiscus s. oben). Zuweilen ist der Eigenthümer nicht fähig, im Fall eines Veräußerungsverbots, wenn dieses die Wirkung der Nichtigkeit hat. Wo dieses Erforderniß fehlt, ist keine Eigenthumsübertragung möglich; dagegen vielleicht Besitzübertragung, unter Umständen sogar mit der conditio usucapiendi.

Die Erfordernisse des Acts der Tradition selbst sind folgende:

Die bloße einfache Willenserklärung reicht zur Eigenthumsübertragung nicht hin; dieser wichtige Erfolg sollte durch eine bestimmtere, erkennbarere Form constatirt werden (man muß dies nur nicht für etwas vernünftig nothwendiges halten). Das altrömische Jus Civile hatte eine gerichtliche Uebertragung (in iure cessio), und eine Privatübertragung vor Zeugen (mancipatio). Etwas Aehnliches ist im deutschen Recht die Auflassung;[1] ferner die gerichtliche Ueberschreibung, welche häufig bei Grundstücken vorgeschrieben ist. Das Jus Gentium fügte eine andere natürlichere Form hinzu, die Tradition, Verkörperung jenes Willens in dem Uebergang des Besitzes. Der Erwerber soll erst Eigenthümer werden, wenn er Besitzer wird; mit dem Besitz geht das Eigenthum über, unter Voraussetzung der Fähigkeit und des Willens. Dies ist im justinianischen Recht die einzige Uebertragungsform. Sie gilt auch für das heutige Recht, soweit nicht das Landesrecht (für gewisse Sachen) noch eine andere Form als nothwendig fordert.

---

1) (Vgl. Gerber a. a. O. §. 89. A. d. H.)

Das römische Recht nimmt in einem Fall eine Eigenthumsübertragung durch einfache Willenserklärung ohne Tradition an (s. g. transitus legalis), bei der societas omnium bonorum. v. Savigny[2] [hat behauptet, dieser Grundsatz bilde keine Ausnahme, sondern es] fände [auch] hier [eine Tradition, nämlich durch] ein constitutum possessorium statt; dies würde 1) eine Ausdehnung [des Eigenthumserwerbs] auf den Besitzerwerb enthalten; davon wird nichts gesagt, und die „tacita traditio" soll sicher [nur] eine fingirte Tradition bedeuten, 2) eine Beschränkung [der Eigenthumsübertragung] auf die Sachen, welche in dem Besitz der Socii sind; auch dies ist in der Stelle nicht enthalten. Also ist der Fall wirklich als Ausnahme zu behandeln.[3]

Die Aelteren nahmen noch einen transitus legalis an bei Schenkung und Verkauf an Kirchen und milde Stiftungen auf Grund einer Coderstelle.[4] Diese sagt: „wenn ihnen Erbschaft oder Vermächtniß zugefallen, oder geschenkt oder verkauft ist, so sollen sie die hundertjährige Verjährung für ihre persönlichen und dinglichen Klagen haben." Letztere Erwerbungen werden mit den ersteren zusammengestellt und zwar wird gesagt, es solle ihnen nicht bloß die persönliche Klage, sondern auch die dingliche zustehen. Die Worte recht genau genommen, müßte man der älteren Meinung Recht geben, und auf keine Weise darf man dieses Resultat mit v. Vangerow[5] für etwas ganz und gar unglaubliches und irrationelles halten. Aber das steht jener Meinung entgegen, daß diese immerhin sehr wichtige Veränderung nur ganz beiläufig gemacht wäre, da das Gesetz von einem damit nicht wesentlich zusammenhängenden Punkt handelt. Dies ist ganz gegen die Weise, wie Justinian solche Neuerungen einzuführen pflegt. Die Stelle kann

---

2) Recht des Besitzes S. 374.

3) (Die tacita traditio scheint doch anzudeuten, daß der Jurist zunächst an die Sachen denkt, welche jeder Socius besitzt. Bei den übrigen dürfte so wenig in Folge der Societät als des Kaufs ein Eigenthumsübergang nudo consensu anzunehmen sein; aber die Cession der Rei Vindicatio, die auch stillschweigend geschehen kann, gewährt hier die erforderliche Aushülfe. A. d. H.)

4) L. 23. §. 1. C. de ss. eccles. (1, 2): — sive legatum sive fideicommissum fuerit relictum, sive donatio vel venditio praecesserit —. In his autem omnibus casibus non solum personales actiones damus, sed etiam in rem et hypothecariam secundum nostrae constitutionis tenorem, quae legatariis et fideicommissariis hypothecariam donavit, et supradictis omnibus unum tantummodo terminum vitae suae imponimus, id est centum metas annorum.

5) Leitfaden I. §. 311.

sehr wohl so verstanden werden, daß die Tradition beim Verkauf und bei der Schenkung, wie so oft, zu subintelligiren ist. Und dies muß entscheiden, da im Zweifel nicht eine Anomalie anzunehmen ist.

Dagegen ist es nicht als Ausnahme zu betrachten, daß, wenn der Erwerber schon Besitzer ist, die einfache Willenserklärung zum Eigenthumsübergang hinreicht, daß es also nicht nothwendig ist, daß jener durch Thätigkeit des Uebertragenden Besitzer werde.[6] Zwei Fälle sind möglich: 1) Der Empfänger war nur natürlicher Besitzer, der Tradent juristischer. Hier findet eine wirkliche Tradition statt: brevi manu traditio; 2) der Empfänger war schon juristischer Besitzer oder wird es erst, aber nicht durch den bisherigen Eigenthümer. Hier erfolgt keine eigentliche Tradition, aber dennoch Eigenthumserwerb, wenn der Wille der Uebertragung des Eigenthums vorhanden ist. Der Grund ist: die Form besteht wesentlich darin, daß der Wille der Uebertragung und Erwerbung sich in dem Besitz verkörpern muß. Dies geschieht durch die Tradition, wenn der Uebertragende Besitzer ist; hier verkörpert sich der beiderseitige Wille am vollkommensten und sichtbarsten, und dies wird der gewöhnliche Fall sein. Darum ist denn auch dieser Fall in dem Benennen dieser Eigenthumserwerbung besonders hervorgehoben. Aber jene Form ist in der That auch in jenem Fall beobachtet, denn auch hier verkörpert sich der beiderseitige Wille in dem Besitz. Wenn also dieser Wille nur unzweifelhaft vorhanden ist, so hat auch hier der Besitz die Wirkung des Eigenthums.

Der Act der Eigenthumsübertragung hat also zwei Erfordernisse, 1) den Willen, Eigenthum zu geben und zu empfangen, 2) die Tradition oder was ihre Stelle vertritt, überhaupt Verkörperung dieses Willens in Verstattung und Erwerbung des Besitzes. Es ist nur noch von dem ersten zu handeln.

Von der iusta causa traditionis.

Die Tradition ist zunächst bloß Besitzübertragung. Eigenthumsübertragung wird sie durch den damit sich verbindenden, auf das Eigenthum gerichteten Willen. Dieser Wille muß von beiden Seiten vorhanden sein, er ist die iusta causa traditionis.

Die iusta causa ist das Rechtsgeschäft, welches den über-

---

6) L. 21. §. 1. D. de adquir. rer. dom. (41, 1).

einstimmenden Willen, Eigenthum zu geben und zu nehmen enthält, z. B. Kauf, Schenkung, Dos, Zahlung, Darlehen ꝛc. Sie kann mit der Tradition gleichzeitig sein, z. B. Schenkung, Zahlung, Dos, Darlehen, aber auch als besonderes Geschäft vorausgehen, z. B. Kauf. (In der Stelle Note e des Lehrb.[7] ist bloß das Vorausgehen genannt; in einem gewissen Sinn ist dies immer der Fall, der Wille geht auch dort der Ausführung vorher).

Aber auch nachfolgen kann sie, hier tritt der Eigenthumserwerb erst mit dem Hinzukommen der iusta causa ein. Dies ist der Fall bei der Suspension der iusta causa durch Bedingung, mit deren Erfüllung erst der Wille des Eigenthum Uebertragenden, also die iusta causa, vorhanden ist.

In einem Fall tritt eine Suspension ipso iure ein. Eine Tradition in Folge des Kaufs bewirkt nicht das Eigenthum, bis dem Verkäufer wegen des Kaufpreises genug gethan ist, entweder durch Zahlung, oder Novation, oder indem er überhaupt Credit, also Frist giebt. Der Grund ist, man kann der Tradition die Absicht unterlegen, das Eigenthum oder nur den Besitz zu übertragen. Das erste ist nur anzunehmen, wenn der Preis bezahlt oder die Gegenleistung hinausgeschoben ist. Ist Frist gegeben, so ist die stillschweigende Bedingung in einen dies verwandelt, der die Wirkung nicht suspendirt.

Eine solche Bedingung, welche die iusta causa suspendirt, ist das pactum reservati dominii; nicht der Act der Tradition ist das Bedingte (dieser läßt keine Bedingung zu, man kann nicht bedingter B e s i t z e r werden), sondern die iusta causa. Ferner das Rechtsgeschäft an sich kann möglicherweise unbedingt sein, z. B. der Kauf, denn nicht dies Rechtsgeschäft mit seinem sonstigen besonderen Inhalt ist die iusta causa, sondern bloß jener Wille.

Früher hat man die Zulässigkeit des pactum reservati dominii beim Kauf bestritten, auf Grund einer Digestenstelle.[8] Aber bei dem pact. reserv. dom. wird keineswegs festgesetzt, daß der Kauf die Folge der Veräußerung nicht haben soll, sie wird ja nur suspendirt, und dies schließt natürlich jene Stelle nicht aus.

---

7) L. 31. pr. D. de adqu. rer. dom. (41, 1): Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio vel aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.

8) L. 80. §. 3. D. de contr. emt. (18,1): Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emtorem transeat, sed hoc aut locatio est, aut aliud genus contractus.

Ferner haben neuere Juristen dasselbe als Suspensivbedingung für unzulässig gehalten. Entweder sei auf Credit verkauft, dann würde das pactum diesem widersprechen, oder nicht, dann sei es überflüssig. Beides ist unrichtig. Jenes: weil der Credit an sich eine doppelte Wirkung hat, 1) daß der Verkäufer nicht sofort auf den Kaufpreis klagen kann, 2) daß das Eigenthum übergeht. Das pactum reservati dominii nimmt die zweite Wirkung weg, es bleibt aber die erste. Dieses: weil bei dem pactum reservati dominii die Bedingung nicht bloß die Zahlung des Preises, sondern auch eine andere sein kann.

Ebenso unrichtig ist die Meinung, es sei im Zweifel wenigstens Resolutivbedingung.

Das Wahre ist: der Ausdruck „der Verkäufer behalte sich das Eigenthum vor, bis ꝛc." könnte als Resolutivbedingung gemeint sein. Dies wäre aber dann nicht jenes Pactum, sondern lex commissoria. Der Sinn aber, der eigentlich in den Worten liegt, ist eine Suspensivbedingung, und dies allein ist das pactum reservati dominii.

Das Rechtsgeschäft, welches die iusta causa enthält, hat für die Eigenthumsfrage nur durch diesen Inhalt eine Bedeutung. Sein übriger specifischer Inhalt verhält sich dazu nur als Motiv des Willens, der allein die iusta causa ist. Hier tritt daher der Grundsatz ein, daß ein falsches Motiv den Willen nicht ausschließt. So ist eine indebiti solutio keine wahre Zahlung, dessenungeachtet iusta causa traditionis. Ebenso Tradition in Folge des ungültigen Spiels. Dagegen aber ist keine iusta causa vorhanden, wenn die Ungültigkeit auch, oder gerade vorzugsweise, jenen Willen trifft, z. B. der Tradent keine Veräußerungsbefugniß hat, oder nur unter einer, nicht beobachteten, Form veräußern darf. Ferner Schenkung unter Ehegatten. Ebenso, wenn der Tradent sonst nicht den Willen hatte, sein Eigenthum zu veräußern. Dies ist der Fall, wenn er als Procurator oder als Vormund veräußert und aus Irrthum seine eigene Sache tradirt hat (auch wenn er wirklich dieses corpus tradiren wollte). S. Note i des Lehrbuchs, die erste Stelle. Die zweite Stelle[9] das. enthält keine entgegengesetzte Entscheidung; die Nichtigkeit der Veräußerung an sich ist anerkannt, aber zugleich die Möglichkeit einer

---

9) L. 49. D. mand. (17, 1).

exceptio doli, welche der Vindication entgegensteht. Zwei Fälle sind zu unterscheiden: 1) der unbewußte Eigenthümer veräußert als Procurator, 2) er hat als Mandatar mitgewirkt, ist also dem Käufer verhaftet. Wegen der Haftung steht ihm als Vindicanten die exceptio doli entgegen und ebenso in dem ersten Fall, sofern er als contrahirender Procurator verpflichtet ist. — (Für den zweiten Fall wird noch der Zusatz gemacht, daß der Eigenthümer nachher[10] Erbe des wegen Eviction Berechtigten ist, der zugleich mit entschieden wird).[11] Endlich, wenn der Empfänger nicht den Willen hatte, z. B. er nimmt die geschenkte Sache als Commodatum. Daß keine Schenkung und kein Commodat existirt, würde an sich kein Hinderniß sein, aber wohl, daß kein beiderseitiger Wille, Eigenthum zu geben und zu nehmen, vorhanden ist.

Das Princip, daß es nur auf jenen Willen ankommt, wird namentlich wirksam, wenn beide Parteien diesen Willen haben, aber jeder als Motiv ein anderes Rechtsgeschäft im Sinn hat, z. B. Schenkung und Zahlung, Zahlung aus verschiedenen Gründen. Dies hindert den Eigenthumsübergang nicht.[12] Darnach wird in L. 36. cit. auch der Fall von Schenkung und Darlehen entschieden. Ueber denselben Fall finden wir eine andere Entscheidung in L. 18 pr. D. de reb. cred. (12, 1). Dieser Widerspruch ist unendlich oft besprochen worden. Man hat ganz vergeblich versucht, verschiedene Fälle hineinzulegen. Der neueste dieser Versuche von v. Vangerow[13] ist einer der unstatthaftesten.[14]

Aber zur iusta causa ist noch nicht hinreichend, daß beide Parteien den Willen haben, Eigenthum zu geben, zu nehmen. Es muß auch eine Uebereinstimmung zwischen ihnen vorhanden sein. Der Tradent muß diesem Empfänger geben wollen, sonst läßt sich nicht von einer Uebertragung sprechen.

Aber man darf nicht zu viel in dieses Erforderniß legen. Es ist nicht wie bei einem Vertrag eine bestimmte Person nöthig, die Tradition ist auch an eine incerta persona möglich, so bei

---

10) (D. h. nachdem der Dritte seine Sache an seinen Erblasser verkauft hatte. v. Scheurl's Bemerkung (Beitr. I. S. 198 Note b) gegen die Auffassung des Verfs. beruht auf einem Mißverständniß. S. Beil. XV. Anm. 2. A. d. H.)

11) Vgl. die ausführliche Exegese in Beilage XV. cit.

12) L. 36. D. de adquir. rer. dom. (41, 1).

13) Leitfaden I. §. 311.

14) Vgl. darüber und über die angeführten Stellen Beilage XV. cit.

dem Auswerfen von Sachen unter eine Menge (S. Note k u. l des Lehrb.). Mehrere Stellen behandeln diesen s. g. iactus missilium als Tradition, eine als Dereliction. Darin liegt kein Widerspruch. In dem Act ist enthalten 1) das Aufgeben des Eigenthums, 2) der Wille, daß es an eine jener Personen komme. Beides zusammengenommen macht die Handlung zur Tradition, ihre Zusammenstellung mit der Dereliction ist nur Hervorhebung einer Seite des ganzen Acts.

Wichtig wird dies bei dem Erwerb durch Repräsentanten. Muß der Tradent den bestimmten Willen gehabt haben, in der Person des Procurators dem Dominus Eigenthum zu geben? Drei Fälle sind möglich:

1) Der Tradent hat den Willen auf die Person des Dominus gerichtet. Hier schadet sogar nicht die Treulosigkeit des Repräsentanten. S. oben.

2) Er hat den bestimmten Willen, dem Repräsentanten, und bloß diesem Eigenthum zu geben, z. B. bei der Schenkung, wo das Individuum von Bedeutung ist. Hier wird der Dominus nicht unmittelbar Eigenthümer, sondern erst durch eine zweite Tradition von seinem Procurator. Bei dem Kauf wird dies gewöhnlich nicht vorkommen. Ein Verkäufer hat die Absicht, den zum Eigenthümer zu machen, von dem ihm der Preis wird; das Individuum ist ihm unter dieser Voraussetzung regelmäßig gleichgültig. Doch auch hier ist die Richtung des Willens auf ein bestimmtes Individuum denkbar, z. B. es meldet sich A als Procurator des B. Ich erkläre, mich mit B nicht einlassen zu wollen, dagegen an A wolle ich verkaufen, möge er mit der Sache nachher machen, was er wolle.

3) Der Wille des Tradenten ist überhaupt nicht auf ein bestimmtes Individuum exclusiv gerichtet, wie in der Regel beim Kauf. Hier steht dem unmittelbaren Erwerb des Eigenthums nichts entgegen, da ja Tradition an eine incerta persona möglich ist.

Zu zwei Stellen in Note l des Lehrbuchs[15] ist zu bemerken:

---

15) L. 13. D. de adquir. rer. dom. (41, 1): Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo, eique sit tradita meo nomine, dominium mihi i. e. proprietas adquiritur etiam ignoranti. Et tutor pupilli pupillae similiter ut procurator emendo nomine pupilli pupillae proprietatem illis adquirit etiam ignorantibus. L. 59 eod.: Res ex mandatu meo emta, non prius mea fiet, quam si mihi tradiderit, qui emit.

In der ersten Stelle heißt tradita meo nomine nicht: der Tradent hat den Willen, sondern der Procurator, ebenso wie auch nachher beim Vormund. Meo nomine auf den Tradenten bezogen würde heißen: er tradirt statt meiner.

Die letzte Stelle steht allerdings der hier vorgetragenen Ansicht entgegen, aber nicht bloß dieser, sondern jedem unmittelbaren Erwerb des Dominus auch im Fall 1. Also sie beweist entweder, daß niemals dieser unmittelbare Erwerb stattfindet, dies ist offenbar falsch, oder sie beweist gar nichts.

§. 149.

In gewissen Fällen ist eine unfreiwillige Repräsentation, d. h. Erwerb durch jemand, der gar nicht als Repräsentant handeln wollte, angenommen worden. Der gemeinschaftliche Grundgedanke ist: Gewisse Personen, mit deren Geld ein Anderer für sich Sachen angeschafft hat, und die an sich nur eine Forderung gegen ihn auf die verwendete, ihnen entzogene Summe hätten, sollen, um gegen eine etwaige Insolvenz des Schuldners gesichert zu sein, die Sachen vindiciren können, also das Eigenthum erwerben, wie wenn jener für sie die Sachen angeschafft hätte. (S. die einzelnen vier Fälle im Lehrbuch).

Früher ist dieser singuläre Satz mit der Lehre von der universitas iuris in Verbindung gebracht und die Regel aufgestellt worden: res succedit in locum pretii, pretium in locum rei (bei dem Peculium, der Dos, der Hereditas). Die Unrichtigkeit dieser Meinung zeigt sich 1) darin, daß in der Natur einer solchen universitas gar keine Veranlassung zu diesem Rechtssatz liegt; 2) aus der Vergleichung der einzelnen Fälle.

1) Bei den von Vormündern mit dem Gelde ihrer Mündel angeschafften Sachen ist nicht von fern von einer solchen universitas die Rede.

2) Den Fall der mit dem Geld eines Soldaten erkauften Sachen hat man von dem Peculium eines Filiusfamilias verstehen wollen. Dies ist falsch, denn 1) ist nicht von Filiifamilias, sondern von Soldaten die Rede, sie mögen jenes oder Patresfamilias sein, 2) nicht einmal von den bona castrensia, sondern überhaupt von den Sachen, die ihnen gehören. Es ist also diese Bestimmung ein reines privilegium militare.

3) Was den dritten Fall betrifft, die von dem Mann mit

geschenktem Geld der Frau gekauften Sachen, so ist auch hier von keiner s. g. universitas iuris die Rede.

4) Bei den mit Dotalgeld angeschafften Sachen ist allerdings von der Dos die Rede, aber die Bestimmung ist nicht als etwas aus der Natur der Dos Folgendes zu betrachten, sondern sie ist eine reine Singularität, um die Frau gegen Insolvenz noch mehr zu schützen.[1] An anderen Orten ist entschieden ausgesprochen, daß jener Erfolg durch permutatio dotis hervorgebracht werden kann, aber nicht ipso iure eintritt.[2]

Nicht hierher gehört das besondere Recht der Hereditatis Petitio. Durch ein Senatusconsult unter Hadrian wurde verfügt, daß dem Erbschaftsbesitzer jeder Gewinn von seinem Besitz abgenommen werden kann, nicht bloß die Erbschaftssachen selbst, daher auch das mittelst derselben Erworbene: pretium quodammodo hereditarium factum. Die Hereditatis Petitio hat insofern die Eigenschaft einer persönlichen Klage. Dies ist nicht ein Eigenthumserwerb durch unfreiwillige Repräsentanten, denn der Erbe wird nicht ipso iure als Eigenthümer betrachtet, daher er auch z. B. nicht die rei vindicatio hat. Noch weniger ist es als Folge der universitas zu betrachten, denn es ist ja eben nur eine singuläre Vorschrift. Aus dieser Eigenschaft der Hereditatis Petitio ist vornehmlich die alte Lehre: res succedit etc. geflossen. Man berief sich (außer der in Beilage XVI erklärten Stelle) auch auf die letzte Stelle in Note q des Lehrb.[3] Der Sinn ist, bei einer der Erbfolge analogen Universalsuccession, wo auch eine analoge Klage wie die hereditatis petitio gilt, wird auch das S. C. angewendet, z. B. beim peculium castrense wenn der Filiusfamilias testirt, wo eine eigentliche hereditas da ist (nur

---

1) L. 54. D. de iure dot. (23, 3): Res, quae ex dotali pecunia comparatae sunt, dotales esse videntur (Gaius ad ed. praet. urbani titulo de praediatoribus). Hier ist besonders auch noch die Inscription der Stelle zu beachten, die deshalb mit großer Vollständigkeit aufgenommen ist. Sie enthält ein Beispiel eines occulte positum.

2) L. 12. C. de iure dot. (5, 12): Ex pecunia dotali fundus a marito tuo comparatus non tibi quaeritur, cum neque maritus uxori actionem emti possit adquirere; at dotis tantum actio tibi competit. Unde aditus praeses provinciae, si non te transegisse repererit, sed ex maiore parte dotem consecutam, residuum restitui providebit. — Die Worte ex maiore parte — residuum beziehen sich auf die alte Restitutionszeit annua, bima, trima die.

3) L. 20. §. 10. D. de H. P. (5, 3): Non solum autem in hereditate utimur senatusconsulto, sed et in peculio castrensi vel alia universitate.

eine freilich auf das privilegium militare gegründete), ferner wenn es an den Vater fällt, ferner bei den bona vacantia, der Confiscation ꝛc.

Vom Eigenthümer abgeleiteter Fruchterwerb.

§. 150.

Es giebt Personen, welche ein Recht auf die Früchte haben, ohne Eigenthümer zu sein. Einige erwerben das Eigenthum mit der Separation, von wem sie auch geschehen möge, einige erst mit der Perception, Besitzergreifung. Die letzteren sind die, welche nur Detention der Sache haben, wie Pächter, Usufructuarien. Dieser Eigenthumserwerb steht der Tradition zunächst, und unterscheidet sich nur dadurch, daß die Gestattung keine specielle ist. Aber auch er ist Apprehension mit Gestattung des Eigenthümers.

Manchen hat L. 26. §. 1. D. de furt. (47, 2) (vgl. Note a des Lehrb.) zweifelhaft geschienen. Der Pächter hat die actio furti, weil ihm doch die Frucht gestohlen ist, wenn er gleich noch nicht Eigenthümer war, denn er wäre es wenigstens geworden, so wie er sie percipirt hätte. Der Jurist sagt nicht coepit, sondern coepisset; decerptus esset, nämlich von ihm, dem Pächter.

Ohne Besitzerwerb.

Adjudication.

§. 151.

Adiudicatio ist das richterliche Erkenntniß auf erhobene Theilungsklage, sofern es die richterliche Theilung der gemeinsamen Sache enthält, sei es eine natürliche oder dem Werth nach. Das Erkenntniß selbst hat die Wirkung des Eigenthumübergangs von einem Socius auf den anderen, ohne weiteren Act. Diese Wirkung hat nicht 1) die Privatübereinkunft über die Theilung, 2) auch nicht die gerichtlich bestätigte, 3) ferner kein richterliches Erkenntniß, wodurch jemanden eine Sache außer dem Fall einer communio zugesprochen wird, so weder das Urtheil auf eine persönliche Klage auf das Geben einer Sache, wodurch nur die Obligatio anerkannt wird, noch das Urtheil auf die rei vindicatio, wodurch nur das bestehende Eigenthum anerkannt, nicht ein neues gegeben wird. 4) Endlich auch nicht der Zuschlag bei einer gerichtlichen

Subhastation oder Auction (was man wohl auch Adjudication nennt), er ist nur iusta causa traditionis (particularrechtlich geht das Eigenthum über bei nothwendigen gerichtlichen Subhastationen, so z. B. nach preußischem Landrecht, diese Bestimmung ist aber nur Particularrecht).

Erwerb durch Verwirkung. Andere Fälle.

§. 152. 153.

S. das Lehrbuch.

Originärer Erwerb.

Durch Besitzerwerb.

§. 154.

Die herrenlosen Sachen werden durch Besitzergreifung in das Eigenthum gebracht. Unter jener Voraussetzung also ist die Occupation eine Eigenthumserwerbsart. Die Erfordernisse sind: der animus domini und (einseitige) Apprehension. Mit dem Besitz entsteht das Eigenthum.[1] Zu den im Lehrbuch angeführten Beispielen von herrenlosen Sachen ist noch Folgendes zu bemerken:

1) Das Eigenthum am Grundstück kann das Jagdrecht geben, macht aber nicht zum Eigenthümer der Thiere. Daher wird auch auf fremdem Boden Eigenthum erworben. Von dieser Wirkung der Occupation ist unterschieden das Jagdrecht. Nach römischem Recht lag es im Grundeigenthum. Der Eigenthümer konnte jeden von seinem Boden abhalten, oder wegen Verletzung klagen, namentlich auch iniuriarum; aber dies hat keinen Einfluß auf den Eigenthumserwerb. (Die L. 55. cit. darf uns nicht irre machen: die Momente in publico an privato, in meo an alieno werden nur hervorgehoben, weil sie Einfluß auf die Frage haben können, ob der Fang wirklich als eine Bemächtigung zu betrachten war). Nach heutigem Recht ist das Jagdrecht nicht Bestandtheil jedes Grundeigenthums. Auch dies hat keinen Einfluß auf unsere

---

1) S. ein Beispiel in L. 55. D. de adqu. rer. dom. (41, 1). Vgl. Beil. XVII.

Frage. Der Jagdberechtigte ist nicht Eigenthümer der Thiere. Der unberechtigte Jäger verletzt das Jagdrecht, und dies kann ihn verpflichten, aber seine Occupation hat doch die Folge des Eigenthumerwerbs.

2) Sachen, welche in der Gewalt der Feinde sich befinden, kann der Occupant entweder selbst oder als (auch unfreiwilliger) Repräsentant des Staates erwerben. Letzteres ist der Fall bei der Beute, ersteres nach römischem Recht hinsichtlich der im Lande befindlichen Sachen der Feinde. Dies ist heute unanwendbar.

3) Wesentliche Elemente im Begriff des Schatzes sind: a) Verborgenheit der Sachen, b) völlige Ungewißheit des Eigenthümers in Folge dieses Umstandes. Dies wird erst nach längerer Zeit eintreten, keineswegs ist eine Art Unvordenklichkeit erforderlich. Das Wesentliche ist die nicht zu hebende Ungewißheit des Eigenthümers, d. h. eben juristische Herrenlosigkeit, wie, das ist gleichgültig. Nur wenn die Annahme der Herrenlosigkeit sich als falsch ergiebt, kann der Umstand, ob es eine offenbar sehr lange Zeit verborgene Sache war, oder nicht, Einfluß auf die Beurtheilung der Handlung des Occupanten haben; im ersten Fall wird seine Behauptung, er habe die Sache für herrenlos gehalten, glaubhaft sein, in dem zweiten nicht. Dies kann bei der Frage, ob er als Dieb zu behandeln ist, wichtig sein. Eben so wenig ist es relevant für den Eigenthumserwerb, ob die Sache vergraben oder sonst verborgen ist, z. B. in einer beweglichen Sache. (Häufig wird „Finden" als eine eigene Classe der Occupation behandelt. Dies ist falsch, Finden ist gar keine juristische Handlung. Z. B. ich lasse einen alten Schrank repariren, der Tischler findet in einem verborgenen Schubfach Geld. Er kann nicht wissen, ob dieses Geld ein herrenloses ist, daher apprehendirt er nicht mit dem animus domini. Sein Finden macht ihn nicht zum Eigenthümer.)

Mit der Occupation von Schätzen, welche in Grundstücken verborgen sind, ist durch singuläre Vorschrift ein besonderes Recht verknüpft worden. Der Eigenthümer des Grundstücks kann die Hälfte fordern, das Ganze, wenn absichtlich ohne seine Einwilligung gesucht worden ist. Dasselbe Recht steht rücksichtlich der auf res fiscales, publicae, sacrae, religiosae gefundenen Schätze dem Fiscus zu (§. 39. I. de rer. div. (2, 1) spricht nur historisch von der Verordnung Hadrians). Der Finder braucht dem Grundeigenthümer keine Anzeige zu machen, ausgenommen wo

der Fiscus berechtigt ist, bei Strafe der Erstattung des Ganzen und überdies des Werths. Dieses Recht des Grundeigenthümers hat man als einen Eigenthumserwerb im Augenblick der fremden Occupation angesehen; daraus ist dann die Frage entstanden, ob es als eine Erwerbung durch Accession zu betrachten sei rc. Jene Ansicht ist ungegründet, es ist nur eine Forderung. Auch ist es eine singuläre Bestimmung, welche nicht ausgedehnt werden darf. Es findet nicht Statt bei dem Finden in einer beweglichen Sache; weder 1) dem Hauseigenthümer, in dessen Haus die bewegliche Sache steht, noch 2) dem Eigenthümer der beweglichen Sache steht dieses Recht zu, soweit überhaupt ein fremder Finder als Occupant gelten kann.

4) Bei der Fabrication wird eine Sache hervorgebracht, bei welcher die Frage entstehen kann, ob das Eigenthum derselben durch den Stoff oder durch die Arbeit bestimmt wird, wenn nämlich der Fabrikant aus einem fremden Stoff sein Fabrikat gemacht hat, und zwar mit dem animus domini. (Von dem Fall, wenn Stoff und Form von derselben Person ausgehen, ist natürlich nicht die Rede, und dahin gehört auch, wenn der Verfertiger für einen Anderen arbeitet).

Ein Theil der römischen Juristen glaubte einfach bei dem Satz sich beruhigen zu können, der Stoff bestimmt das Eigenthum, nicht die Form. Nur wenn der Fabrikant außer der Arbeit auch einen Theil des Stoffs von dem Seinigen genommen hatte, brachten sie den fremden Theil des Stoffes nicht in Anschlag. Quod ex re nostra fit nostrum est.

Aber die Frage muß tiefer gegriffen werden. Dies geschah von anderen römischen Juristen, deren Meinung auch Justinian recipirt hat. Die Fabrication kann eine Eigenthumserwerbsart werden, man nennt sie dann Specification. Nur allmählig hat sich diese richtige Ansicht im römischen Recht rein und wahr ausgebildet, anfangs gingen einige zu weit.

Dieser Erwerb setzt voraus, daß das fremde Eigenthum am Stoff untergegangen ist. Dies kann unmöglich die Wirkung einer bloßen neuen über den Stoff gezogenen äußeren Form sein. Dahin gehört ein Gefäß aus fremdem Metall, wenn nicht die Form entschieden das ist, was der Sache den Werth giebt [wogegen der Werth des Stoffes ganz zurücktritt, wie z. B. bei Statuen], (denn hier kann man die Form nicht ein äußerlich Hinzu-

gekommenes nennen, vielmehr ist der Stoff Accession der Form),[2] ferner Färbung eines Stoffes. Noch weniger, wenn gar keine neue Form geschaffen, sondern nur eine Hülle weggenommen ist, so beim Ausdreschen von Getreide (was in den Institutionen als Beispiel angeführt, aber in den Digesten berichtigt und ausdrücklich als eine unrichtige Meinung erwähnt wird), ebenso beim Keltern des Weins, Pressen der Oliven. Dies ist nicht einmal Fabrication. Anders bei eigentlicher Fabrication des Weins, z. B. Champagner, Branntwein, Bier, künstlich gewonnenes Oel u. s. w.

Das Eigenthum am Stoff muß untergegangen sein durch Untergang der Sache, um dem Erwerb durch Fabrication Raum zu geben. Ein Kennzeichen wird sein, wenn der Stoff sich nicht wiederherstellen läßt, z. B. wenn aus einer Flüssigkeit eine andere gemacht ist, wie bei der Fabrication von Getränken, bei Fabrication von Stahl, Leder, Tuch aus Wolle ꝛc.

Daraus ergiebt sich das Princip: die Specification besteht darin, daß wirklich eine neue Sache aus dem alten Stoff, der in ihr aufgegangen und untergegangen ist, hervorgebracht wird. Diese neue Sache kann nicht dem Eigenthümer der Sache, die zu ihrer Hervorbringung gedient hat, zugesprochen werden, denn sie ist nicht seine Sache (die nur eine andere Gestalt hätte), sondern eine neue, andere, also gegenüber jenem eine herrenlose. Eben darum ist sie Gegenstand des Erwerbs durch Occupation,[3] und diese geschieht von dem, der sie verfertigt hat, oder für den sie verfertigt wird.

Nach diesem Princip entscheidet sich auch die Frage: ob bona fides des Specificanten erforderlich sei? Der Grund des Erwerbs ist, daß die Sache eine neue, die alte untergegangen ist. Die mala fides kann auf diesen Erfolg und folglich auch auf die Eigenthumsfrage keinen Einfluß haben.

Einige Stellen[4] erregen Bedenken. Man hat sie aus der verworfenen Ansicht der Sabinianer erklären wollen, aber sie

---

2) Es wird doch wohl darauf ankommen, ob die Sache nach der Form oder nach dem Stoff ihren vornehmsten Werth hat.

3) (Eine andere Ansicht über das Princip und dessen Consequenz, die Frage nach der bona fides, begründet v. Scheurl, Beitr. I. (1852) S. 245 f., indem er die Specification unter die Erzeugung und mit dem Fruchterwerb des bonae fidei possessor zusammen stellt. A. d. H.)

4) L. 12. §. 3. D. ad exhib. (10, 4), L. 13. 14. §. 3. D. de cond. furt. (13, 1), L. 4. §. 20. D. de usurp. (41, 3), L. 52. §. 14. D. de furtis (47, 2).

rühren zum Theil von Juristen her, welche der richtigen Ansicht sind. Sie sind also als Modificationen für einen gewissen Fall zu betrachten. Wenn nämlich der Specificant den Stoff gestohlen hat, so soll dem Bestohlenen die condictio furtiva und die actio ad exhibendum auf die Species zustehen, wie wenn der Specificant nicht Eigenthümer wäre. Darauf beschränkt sich aber auch diese Modification.

5) Zur Dereliction gehört der Wille, das Eigenthum aufzugeben und die Ausführung dieses Willens, Entfernung der Sache von sich, oder seiner von der Sache. Es war streitig unter den römischen Juristen, ob nicht erst durch Occupation des Anderen das Eigenthum verloren werde. Einen Theil kann man derelinquiren, wenn man nur zu diesem Theil, sei er ein quoter oder körperlicher, Eigenthümer ist. Außerdem einen quoten Theil nicht, weil dieser nicht existirt; einen körperlichen nur, sofern der äußere Act möglich ist, z. B. den locus eines Grundstücks, nicht den Theil einer beweglichen Sache, so lange er mit ihr verbunden ist.

Ueber den ager desertus s. das Lehrbuch. Nicht jeder Eigenthümer, der sein Grundstück verläßt und unbebaut liegen läßt, fällt unter dieses Gesetz.[5] Umgekehrt ist es unrichtig, dasselbe auf fundi patrimoniales und den Erwerb des Erbpachtes einzuschränken. Die gegründete Beschränkung ist die auf solche Fälle, wo ein öffentliches Interesse an der Cultur vermöge eines bestimmten Rechts besteht. Der Grundsatz ist als eine bloße Finanzmaßregel entstanden, damit dem Staat nicht die Steuern und Abgaben entgingen, die so unerschwinglich waren, daß viele Eigenthümer bis auf bessere Zeiten ihren Grundbesitz verließen. Will man den Rechtssatz dennoch für anwendbar halten, so muß man wenigstens an jener Bedingung festhalten, z. B. wenn das Zehntrecht durch die Desertion leidet.

7. Erwerb durch Ersitzung.

§. 155.

Als Eigenthümer soll behandelt werden, wer eine Sache unter gewissen Voraussetzungen eine gewisse Zeit hindurch ununterbrochen besessen hat. Diese Erwerbung heißt Ersitzung („Ab-

5) L. 11. C. unde vi (8, 4).

quisitivverjährung''). Im römischen Recht (theils älteren, theils neueren) kommt sie in drei Formen bei dem Eigenthum vor:

1) als usus auctoritas, usucapio, so schon im ältesten Recht, mit der kurzen Zeit von 1 oder 2 Jahren, dagegen mit den Erfordernissen der bona fides und des iustus titulus,[1] und so, daß sie bei gewissen Sachen ausgeschlossen ist. Theils nämlich schließt ein gewisser Umstand, der die Sache betroffen hat, die Usucapion aus, theils kann sie nicht gegen gewisse Eigenthümer geltend gemacht werden. Sodann war diese Usucapion eine Erwerbung des quiritischen Eigenthums, und fiel daher für Personen und an Sachen weg, welche dieses Eigenthums nicht fähig waren (Peregrinen konnten nicht usucapiren, Provinzialgrundstücke nicht usucapirt werden). Außerdem versteht es sich von selbst, daß sie als Eigenthumserwerb überhaupt, wie jeder andere auch, wegfällt bei Sachen, die allem Commercium entzogen sind, z. B. res divini iuris.

2) als longi temporis possessio, mit der längeren Zeit von 10 und 20 Jahren, mit Rücksicht auf die Anwesenheit oder Abwesenheit des Eigenthümers, aber ebenfalls mit dem iustum initium (was sich hier beim Eigenthum ebenso als bona fides und iustus titulus gestaltet). Auch hier sind gewisse Sachen ausgeschlossen; nur nicht wegen Unmöglichkeit des quiritischen Eigenthums, denn sie ist keine Erwerbung dieses Eigenthums. Sie war ursprünglich bloß eine Verjährung der Eigenthumsklage, longi temporis praescriptio, später aber wurde ihr die höhere Wirkung des Eigenthumserwerbs zu Theil, sie trat also in die Reihe der Ersitzungen.

3) als außerordentliche Ersitzung von 30 und mehr Jahren, mit bona fides, ohne iustus titulus, und ohne Ausschließung der Sachen, welche von der usucapio und longi temporis possessio ausgenommen waren; nur natürlich mit Ausnahme der Sachen,

---

1) (Ob diese Erfordernisse schon ursprünglich in der alten usucapio lagen, oder erst seit der Publiciana hineingekommen sind, ist neuerdings bestritten. Das Letztere behauptet Stintzing (Zusatz zu §. 157 Note c des Lehrbuchs), wogegen v. Scheurl, Beitr. II. (1854) Nr. XV. §. 1—10 die auch im Text angenommene gewöhnliche Lehre vertheidigt. Gegen diese spricht 1) die Natur der alten usucapio, die man zugleich als Extinctivverjährung der Gewährschaft des auctor und der Vindication des bisherigen Eigenthümers zu denken hat, 2) die Analogie der alten usucapio libertatis und servitutis, 3) die äußeren Zeugnisse, welche die bona fides zuerst bei der Publiciana fordern, L. 7. §. 11. D. de Publ. in rem (6, 2). A. d. H.)

welche dem Eigenthum überhaupt entzogen sind. Dieses longissimum tempus bewirkte anfangs (seit Theodosius II.) nur eine praescriptio XXX annorum, sie war eine bloße Klagverjährung; Justinian bestimmte, wenn bona fides hinzukomme, Ersitzung.

Die Bedeutung der Ersitzung ist überhaupt Ergänzung einer unvollkommenen Erwerbung. Diese Unvollkommenheit kann 1) darin bestehen, daß keine quiritische Erwerbung geschehen und nachgewiesen werden kann, die Ersitzung fügt das quiritische Eigenthum hinzu (dies ist die ursprüngliche Bedeutung der Definition in L. 3. D. de usurp.,[2] in welcher adiectio nicht in adeptio zu verwandeln ist, wie Manche vorgeschlagen haben); 2) darin, daß überhaupt keine Eigenthumserwerbung erwiesen werden kann, z. B. [es hat Jemand die Sache erworben durch] Kauf und Tradition; [um sein Eigenthum zu beweisen ist noch der] Beweis des dominium auctoris erforderlich. Der Zweck ist also die Sicherung des Eigenthums.[3] Dieser Zweck kann nur dadurch erreicht werden, daß der, welcher ersessen hat, schlechthin als Eigenthümer behandelt wird, ohne Rücksicht auf das frühere Eigenthum eines Anderen. Daher kann die Ersitzung die Wirkung haben, den wahren Eigenthümer um sein Eigenthum zu bringen; aber dies ist nur die nicht auszuschließende, nicht die direct beabsichtigte Wirkung. Diese Möglichkeit hört auf, bedenklich und ungerecht zu sein, indem die Wirkung an jene strengen Erforderniße geknüpft ist. Diese sind desto strenger, je kürzer die Zeit ist; ist die Zeit eine sehr lange, so muß schon dieses Erforderniß als eine hinlängliche Concession an einen etwaigen Eigenthümer angesehen werden.

Die alte usucapio hatte diese doppelte Bedeutung: Verwandlung des bonitarischen Eigenthums in quiritisches, und Bewirkung der Sicherheit des Eigenthums überhaupt. Die beiden anderen Ersitzungsarten haben von Anfang nur die zweite Bedeutung gehabt. Mit dem Wegfall der Unterscheidung von bonitarischem und quiritischem Eigenthum ist aber im neueren Recht überhaupt die erste Bedeutung weggefallen, auch für die Usucapio ist nur die zweite geblieben.

---

2) L. 3. D. de usurp. (41, 3): Usucapio est adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti.

3) L. 1. D. eod.

22*

Im justinianischen Recht werden noch jene drei Ersitzungsarten genannt, und im Ausdruck unterschieden: usucapio, longi temporis possessio, possessio triginta annorum. Sind sie aber auch noch in der Sache als drei verschiedene Institute zu behandeln? Manche Juristen behaupten dies. Es ist wichtig, darüber ins Klare zu kommen. Als verschiedene Institute könnten sie bestehen 1) durch Verschiedenheit der Wirkung; dies wäre die vollkommenste Trennung derselben von einander, 2) durch Verschiedenheit der Erfordernisse, ein unvollkommener Grund der Scheidung, doch noch immer ein Grund, wenigstens verschiedene Ersitzungsarten anzunehmen.

1) In der Wirkung als Eigenthumserwerbungen unterscheiden sich jene Ersitzungen durchaus nicht mehr. Sie erzeugen das Eigenthum, und zerstören das etwaige Eigenthum eines Anderen, und das Eigenthum, welches sie hervorbringen, ist immer dasselbe, weil es keine Verschiedenheit des Eigenthums mehr giebt. Von dem Augenblicke an, wo die Unterscheidung von bonitarischem und quiritischem Eigenthum ihre Bedeutung verlor, mußte auch die von usucapio und longi temporis possessio unpraktisch werden.

Justinian fand die Usucapio von 1 Jahr bei beweglichen Sachen vor, die er auf 3 Jahre erhöhte. Dann die Usucapion von 2 Jahren bei Grundstücken, aber diese nur bei italischen Grundstücken, die in seinem Reich überaus selten waren. Die meisten waren Provinzialgrundstücke, welche in 10—20 Jahren ersessen wurden, longi temporis possessio. Hätte Justinian die Usucapion unbeweglicher Sachen von 2 Jahren für jene Grundstücke neben dieser beibehalten wollen, so wäre dies eine große Ungeschicklichkeit gewesen. Er hob sie daher auf; unbewegliche Sachen werden in 10—20 Jahren ersessen. Daher bedeutet usucapio im justinianischen Recht gewöhnlich die Ersitzung beweglicher, longi temporis possessio die Ersitzung unbeweglicher Sachen. Um Mißverständnisse zu verhüten bequemte sich Justinian dem herkömmlichen Sprachgebrauch. Da die Verschiedenheit der Wirkung aber ganz weggefallen ist, so sind dies ebenso wenig verschiedene Institute mehr, als die Usucapion beweglicher Sachen ein anderes Institut war, als die Usucapion unbeweglicher Sachen nach altem Recht. Gelegentlich wird denn auch wohl einmal

sogar der Name Usucapion für die longi temporis possessio angewendet.[4]

Man hat die fortwährende Unterscheidung der usucapio und longi temporis possessio als zwei besonderer Institute dadurch begründen wollen, daß das longum tempus noch gewisse andere Wirkungen haben kann, so namentlich libertatis usucapio gegenüber einem Pfandrecht. Aber dies ist keine Wirkung der Ersitzung des Eigenthums, sondern eine ganz andere Ersitzung, die sich nur zufällig mit jener verbinden kann. Als Eigenthumserwerbsarten haben usucapio und longi temporis possessio schlechterdings keine verschiedene Wirkung, und eben dies gilt auch von der außerordentlichen Ersitzung.

2) Soll daher eine Unterscheidung verschiedener Ersitzungsarten begründet sein, so muß sie in einer Verschiedenheit der Erfordernisse ihren Grund haben. Ein solcher Unterschied besteht allerdings zwischen der außerordentlichen Ersitzung auf der einen, und der usucapio und longi temporis possessio auf der anderen Seite. Aber durchaus nicht zwischen der usucapio und longi temporis possessio. Diese sind wie in der Wirkung, so auch in den Erfordernissen Ein Institut: ordentliche Ersitzung von beweglichen und unbeweglichen Sachen. Daß beide Arten von Sachen hier (nicht bei der außerordentlichen Ersitzung) eine verschiedene Zeit fordern, begründet keine Verschiedenheit des Instituts, denn dasselbe war ja auch bei der alten usucapio der Fall, die doch gewiß Ein Institut war. Nur wenn Justinian an gewissen unbeweglichen Sachen noch 2 Jahre, an anderen 10—20 Jahre beibehalten hätte, ließe sich eine Doppelheit der Ersitzung behaupten. Dieser Ungeschicklichkeit hat er sich nicht schuldig gemacht.

Ein neuerer Schriftsteller[5] hat freilich eine Anzahl Verschiedenheiten aufgefunden, so in Rücksicht der Zeit der bona fides, welche bei der usucapio nur im Anfang, bei der l. t. praescriptio nach canonischem Recht fortwährend nothwendig sei; ferner eine verschiedene Unterbrechung; endlich verschiedene Berechnung: bei der usucapio Civilcomputation, bei der l. t. praescriptio Naturalcomputation. Alles dies ist erdichtet, und zwar auf so ungeschickte Weise, daß das Resultat eine legislatorische Bornirtheit wäre.

4) Pr. Inst. de usuc. (2, 6).
5) Hameaux, die usucapio und l. t. praescriptio. 1835.

Das Resultat ist: das justinianische Recht kennt keine verschiedene Eigenthumsersitzungen in Beziehung auf die Wirkung. Wir können für alle den Ausdruck Usucapion gebrauchen. In Beziehung auf die Erfordernisse ist zu unterscheiden: 1) außerordentliche Ersitzung, 2) ordentliche Ersitzung. Innerhalb dieser letzteren bestehen auch in Beziehung auf die Erfordernisse keine Verschiedenheiten, die eine Unterscheidung verschiedener Ersitzungsarten begründen könnten.

Erfordernisse der ordentlichen Ersitzung.

a. Zeit.

§. 156.

Der Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen ist veranlaßt durch die im Ganzen größere Wichtigkeit, welche auf die letzteren gelegt wird. Sie hat denselben Grund, wie andere Erschwerungen des Erwerbs und Verlustes des Eigenthums daran, z. B. durch vermehrte Solennitäten.

Der Unterschied, der bei den unbeweglichen Sachen zwischen Abwesenheit und Anwesenheit besteht, ist eine billige Rücksicht auf den Eigenthümer, dem durch Abwesenheit die Verhütung der Usucapion erschwert wird. In der jetzigen Anwendung ist auf das Domicilium unter demselben Oberrichter zu sehen; dies ist der römischen Bestimmung (nach welcher das Domicil in derselben Provinz entscheidet) am analogsten. Ist die Zeit gemischt, so gelten 2 Jahre Abwesenheit soviel als 1 Jahr Anwesenheit und umgekehrt. Man hat sich ganz ungegründete Bedenklichkeiten darüber gemacht, daß Justinian die Sache nur nicht so abstract und umfassend ausdrückt.[1]

Die Zeit ist tempus continuum; in L. 31. §. 1. D. de usurp. (41, 3) heißt es: in usucapionibus mobilium continuum tempus numeratur. Der Jurist schrieb annus; dies wird hervorgehoben, weil bloß hier ein Zweifel möglich ist, die längere Zeit ist ohnehin nie utile.

Häufig hat man geglaubt, die Unmöglichkeit, die Klage anzustellen, hindere den Zeitablauf. Diese Meinung beruht auf einer Vermengung der Ersitzung mit der Klagverjährung. Nur

1) S. dagegen Hugo, civil. Magazin V. 17.

in Fällen, wo die Sache an Personen kommt, gegen welche keine ordentliche Usucapion möglich ist, ruht sie (s. §. 158 des Lehrb.). Außerdem ist nur in integrum restitutio möglich, wo die Erfordernisse derselben vorhanden sind (nie bei der außerordentlichen Ersitzung).

Von der Zusammenrechnung der Besitzzeit mehrerer Besitzer. Die Usucapion ist vollendet, wenn der sie Allegirende die erforderliche Zeit hindurch fortwährend besessen hat. Aber zuweilen wird zu seinem Besitz noch der eines Anderen hinzugerechnet. Dieser Zusammenhang kommt in drei Gestalten vor: 1) dem jetzigen Besitzer accedirt der Besitz des Vorgängers; 2) umgekehrt der jetzige Besitz accedirt zu dem Besitz des Vorgängers; 3) der Besitzer wird während der Zeit, wo ein Anderer besaß, als Besitzer fingirt. — Man hat alle diese Fälle unter dem Namen accessio possessionis oder temporis begriffen (auch schon die römischen Juristen bedienen sich des Worts in diesem allgemeinen Sinne); aber man darf nicht vergessen, daß die Fälle sehr verschieden sind. Uebrigens findet nach justinianischem Recht diese Zusammenrechnung bei jeder Ersitzung statt.

1) Eigentliche accessio possessionis. Diese besteht darin, daß der Usucapient sich den Besitz seines Vorgängers zurechnet. Sein Besitz ist das principale, der andere die accessio. Erfordernisse derselben sind: eigener Besitz des Usucapienten, Besitzerwerb vermöge eines derivativen Titels, wirkliche Succession. Keine Accessio findet statt für den, welcher aus einem putativen Titel usucapirt, überhaupt pro suo.[2] Ob der Auctor freiwillig oder gezwungen tradirt, ist gleichgültig. Der Besitz des Auctors als solcher wird zugerechnet, daher der, welcher seiner Eigenschaft als Auctor vorhergeht (vgl. Note f des Lehrb.). Die Accession des Besitzes des Auctors ist nicht zu wörtlich zu verstehen; wenn mein Verkäufer nachher wieder in den Besitz gekommen ist, so ist dieser Besitz nicht zurechenbar darum, weil jener irgend einmal mein Auctor war.[3] Zwischen dem Auctor und dem Successor darf kein Besitz eines Anderen, der nicht accedirt, dazwischen liegen. Wohl aber ist eine Accession des Besitzes des Auctors

---

2) Vgl. §. squ. und Note d des Lehrbuchs.

3) L. 14. pr. D. de usurp. (41, 3): Id tempus venditoris prodest emtori, quo antequam venderet possedit. Nam si postea nactus est possessionem venditor, haec possessio emtori non proficiet.

möglich sammt der Accession, die dieser hatte. Hat der Auctor nicht besessen, so ist natürlich keine Accessio möglich, aber sein Besitz muß auch die Eigenschaft des Usucapionsbesitzes haben, da für den fremden Besitz, welcher den eigenen suppliren soll, keine geringeren Erfordernisse bestehen können, als für diesen.

2) Successio in usucapionem. Durch den Tod des Usucapienten wird die Usucapion nicht unterbrochen, sondern fortgesetzt auch hereditate iacente, obgleich in dieser Zwischenzeit eigentlich kein wirklicher Besitz besteht. Der Erbe succedirt nicht in den Besitz, aber in die Usucapion des Erblassers; wenn er Besitzer wird, so ist sein Besitz nur der fortgesetzte Usucapionsbesitz des Erblassers. Der Besitz des Erblassers accedirt nicht eigentlich dem Erben, sondern umgekehrt. Die eigentliche accessio possessionis enthält eine Modification des Grundsatzes, daß die Zeit von Anfang des Besitzes des Usucapienten abgelaufen sein muß, nicht so die successio in usucapionem; hier ist als Usucapient noch immer der Erblasser zu denken. Die Folgen sind: a) die Usucapion wird in Beziehung auf die Erfordernisse, welche am Anfang vorhanden sein müssen, nach der Person des Erblassers beurtheilt, der Titel ist der des Erblassers, nicht pro herede. b) Der Besitz des Erben ist nicht überall zur Vollendung der Usucapion nöthig. Vor allem kann sie durch Ablauf der Zeit hereditate iacente vollendet werden. Sodann auch nach Antritt des Erben [ohne seine Besitzergreifung], wenn die Sache in der Detention eines Repräsentanten ist, außerdem ist allerdings zur Vollendung Besitzergreifung des Erben nöthig. Ist die Zeit abgelaufen, so bedarf es aber auch nur dieser Besitzergreifung.

3) Es giebt Fälle, wo der Besitz des Usucapienten durch den Zwischenbesitz eines Anderen unterbrochen war, wo er sich aber diesen Zwischenbesitz nach wiedererlangtem Besitz anrechnen kann, obgleich nach den Grundsätzen von der eigentlichen accessio possessionis eine solche nicht zulässig ist. Zwei Fälle werden so entschieden: a) Veräußerung unter einer Resolutivbedingung, wenn diese eintritt. Dies ist keine eigentliche accessio possessionis, weil der Zwischenbesitzer nicht als auctor angesehen werden kann; b) Verleihung eines Precariums, nach Zurückgabe desselben. Es ist ebenfalls keine eigentliche accessio possessionis, da der Zwischenbesitzer weder Auctor, noch selbst Usucapionsbesitzer ist.

Besitzerwerb mit iustus titulus und bona fides.

§. 157.

Die Usucapion kann nie eintreten, wenn der Besitz nicht mit der Ueberzeugung, das Eigenthum zu erwerben, erworben ist, mit bona fides. Die Ausnahmen des älteren Rechts sind weggefallen. Bei der ordentlichen Usucapion ist diese bona fides nicht bloße Abwesenheit der mala fides, sondern etwas positives; diese positive Seite besteht in dem Erforderniß eines Titels.[1]

1) Die bona fides ist eine Qualität des Besitzerwerbs, sie bezieht sich aber zugleich auf die causa, daher sie nicht bloß zur Zeit der Tradition, sondern auch schon des Kaufs vorhanden sein muß. Wer also zur Zeit des Kaufs das Bewußtsein hatte, daß der Verkäufer nicht Eigenthümer war, vor der Tradition aber zu der Meinung sich bewogen findet, daß er sich geirrt habe, kann nicht usucapiren.[2] Nach römischem Recht ist sie nur am Anfang nothwendig, diese bona fides ist ihrem Begriff nach darauf beschränkt. Das canonische Recht fordert, daß der Usucapient bis zur Vollendung nicht das Bewußtsein habe, daß die Sache eine fremde sei, also: bona fides im positiven Sinn am Anfang, und fortdauernde Abwesenheit der mala fides.

2) Wird der Besitz durch Stellvertreter erworben, so beginnt die Usucapion regelmäßig nicht in der Person des Repräsentanten (sondern erst wenn der Dominus die Apprehension in Erfahrung

---

1) (Die bona fides ist allerdings nicht bloße Verneinung der mala fides, aber auch ebenso wenig eine positive, auf den Titel, als objective Grundlage (s. unten Nr. 4) gestützte würdige Gesinnung, sondern eine entschuldbare Unkenntniß der Mängel des Titels, also immerhin etwas Negatives (s. den Zusatz zu Note d des Lehrb. und v. Scheurl, Beitr. II. S. 63 fg.). Nicht der Titel ist der bona fides untergeordnet, sondern diese neben jenem als wenigstens subjectives Complement dann erforderlich, wenn die Erwerbung an sich ungenügend ist. (Vergl. die Fassung des Edicts L. 7. §. 11. D. de Publ. (6, 2) mit L. 109. D. de V. S. (50, 16). Die gewöhnliche Lehre, welche die bona fides in den Vordergrund stellt, gründet sich auf canonisches Recht.) Deshalb ist sie 1) nur im Anfang erforderlich, mala fides superveniens schadet nicht, 2) bei vollständigem Erwerb schadet selbst die anfängliche mala fides nicht (s. den Zusatz zu Note h des Lehrb. Nr. 2), jedoch mit Ausnahme specieller Usucapionsverbote, L. 32. §. 1. D. de usurp. (41, 3). Die Usucapion hat hier eine objective Natur. A. d. H.)

2) (Jedoch nur beim Kauf (und Tausch nach heutigem Recht), nicht bei der Zahlung oder Hingabe an Zahlung Statt, s. Note e des Lehrb. Der Grund ist, weil nur der Kauf ein Uebereignungs-, die Obligatio aber ein bloßes Verpflichtungsgeschäft ist, also die causa im Sinne der Usucapion hier erst in der Tradition enthalten ist, sonst würde man nicht pro soluto, sondern pro stipulatore u. s. w. usucapiren. A. d. H.)

bringt), also kann auf seine bona fides nichts ankommen, sondern die bona oder mala fides des Dominus entscheidet. Aber es giebt Fälle, wo die Usucapion in der Person des Repräsentanten beginnt (des filius peculii nomine, des Vormundes, des Beamten); hier tritt also auch eine Ausnahme von jenem Grundsatz ein, die bona fides des Repräsentanten ist nothwendig, seine mala fides schadet. Bona fides des Dominus ist insofern nicht nöthig, als er nichts davon zu wissen braucht. Weiß er es aber, so schadet seine mala fides, nach heutigem Recht, auch wenn sie erst nach dem Anfang eintritt.

3) Insofern die bona fides ein Irrthum ist, muß sie ein error facti sein, überhaupt ein entschuldbarer (nicht error facti proprii).

4) Die objective Grundlage liegt in der causa possessionis. Regelmäßig ist ein wirklicher iustus titulus erforderlich, d. h. ein Erwerbsgrund, der an sich fähig ist, zum Eigenthümer zu machen, wenn er auch im vorliegenden Fall wegen eines dem Erwerber unbekannten Hindernisses diesen Erfolg nicht hatte. Der Irrthum darf nicht die Existenz des Titels selbst zum Gegenstand haben, der Titel darf nicht putativ sein. Die opinio emtionis begründet keine usucapio pro emtore. Dennoch müssen Ausnahmen zugelassen werden. Es kann sein, daß eine vollkommen begründete Ueberzeugung existirte, daß man Eigenthümer geworden sei. Das was der Titel verschaffen soll, ist hier auch gegeben; es wäre Willkür, die Usucapion unter solchen Umständen auszuschließen, z. B. mein Procurator überbringt mir die Sache als eine für mich gekaufte (die Wirkung ist nur die Ueberlieferung durch den Procurator, dies ist aber nicht der Eigenthumserwerb); [wenn dies auch nicht wahr ist, so habe ich doch keine Ursache, ihm zu mißtrauen und bin eben so gut in bona fide, als wenn er wirklich die Sache gekauft hätte]. Unter solchen Umständen also ist auch ein putativer Titel von Wirkung. Die Regel ist: die Usucapion kann vor sich gehen, wenn ein hinreichender Grund, der auch einen überlegten und gewissenhaften Mann bewegen konnte, sich für den Eigenthümer zu halten, vorhanden war.

Alle Eigenthumserwerbungen können auch die Function eines Usucapionstitels haben. Bei der Tradition wird der Titel von der iusta causa genannt: pro emtore, pro donato, pro dote, pro soluto; ohne Tradition: pro legato, pro herede, pro dere-

licto, pro suo; pro suo im allgemeinen Sinn: als Eigenthümer, im engeren Sinn ohne Succession.

Ueber einige Titel ist Streit (vergl. Note m des Lehrbuchs). Die usucapio pro herede gilt ohne Zweifel als putativer Titel, wenn jemand sich für den Erben hält, vorausgesetzt einen Grund dazu. Aber es wird eine res hereditaria vorausgesetzt, daher auch immer eine hereditas, also Tod des Eigenthümers. Gegen sui heredes gilt sie nicht. — Man darf damit nicht die Haftung gegenüber der hereditatis petitio zusammenwerfen.

Ist nicht auch der Fall hierher zu rechnen, wenn jemand wahrer Erbe ist, aber fremde Sachen besitzt, die nicht erbschaftlich sind? Daß eine Usucapion eintreten kann, ist gewiß.[3] War der Erblasser Usucapionsbesitzer, so succedirt der Erbe in dessen Titel, war er durch ein Vitium in seiner Person abgehalten, so succedirt der Erbe in dies Vitium. Außerdem kann er die Usucapion anfangen; aber ist dies usucapio pro herede? Da die Sache in keiner Beziehung zur Erbschaft steht, so kann wohl nicht gesagt werden, er besitzt sie wirklich pro herede. Zwei Fälle des älteren Rechts, 1) die usucapio lucrativa, 2) die usucapio des bonorum possessor[4] sind im justinianischen Recht weggefallen.

Kann ein rechtskräftiges Urtheil einen Usucapionstitel abgeben? Gewiß dies bei der Adjudication. Ferner wenn Condemnation zur Leistung der Sache erfolgt ist, so usucapirt der Empfänger pro soluto. Aber wie bei dem Urtheil auf die rei vindicatio? Dies ist der streitige Fall. Die Frage wird sich durch folgende Erwägung erledigen. Das Urtheil ist Usucapionstitel, heißt: es ist der Grund der bona fides. Kann nun der Sieger sagen, ich glaube Eigenthümer zu sein, weil der Richter für mich gesprochen hat? Nein, sondern er kann nur aus dem Grund usucapiren, welcher den Richter dazu bewogen hat. Die Autorität des Richters bestärkt ihn nur in dieser Ueberzeugung.[5]

---

3) L. 3. D. pro herede (41, 5): Plerique putaverunt, si heres sim et putem rem aliquam ex hereditate esse, quae non sit, posse me usucapere.

4) Vergl. Puchta, Institutionen, Bd. II. §. 239.

5) (Von diesem Standpunkt aus müßte die Frage vielmehr bejaht werden und ist auch von Arndts, Archiv für civ. Praxis Bd. 13 (1830) Nr. 15 bejaht worden, res iudicata pro veritate accipitur. Da aber das Urtheil nicht Grund der bona fides ist (Anm. 1. dſ. §.), so kommt es vielmehr darauf an, ob die Restitution Erwerbsgrund sein kann. Dies ist sie nur ausnahmsweise, L. 18. D. de R. V. (6, 1) und dann auch das Judicat causa usucapionis, L. 3. D. de Publ. (6,2). Regelmäßig ist sie es nicht. v. Scheurl a. a. O. S. 84. A. d. H.)

C. Usucapionsfähigkeit der Sache.

§. 158.

S. das Lehrbuch.

Erfordernisse der außerordentlichen Ersitzung.

§. 159.

Die suppletorische Eigenschaft der außerordentlichen Ersitzung beruht darauf, daß sie keinen Titel fordert,[1] und nicht durch Usucapionsunfähigkeit der Sache ausgeschlossen ist. Dagegen ist sie unabhängig davon in manchen Fällen beschränkt: wo die dreißigjährige Verjährung ausgeschlossen ist, bei Pupillen, Adventicien, Ehefrauen. In den beiden letzten Fällen trifft also zufällig die Ausschließung der außerordentlichen mit der ordentlichen zusammen (nämlich im Fall einer Veräußerung). Ferner durch die Ausdehnung der Klagverjährung auf 40 oder mehr Jahre, z. B. gegen die Kirchen. Dies darf nicht auf die ordentliche Usucapion bezogen werden. Unbewegliche Sachen derselben sind nicht ordentlich zu usucapiren und außerordentlich erst in 40 Jahren; bewegliche Sachen außerordentlich in derselben Zeit, aber ordentlich, also wenn iustus titulus und kein Vitium vorhanden ist, in drei Jahren wie sonst.

Unterbrechung der Ersitzung.

§. 160.

Unterbrechung der Usucapion ist völliges Aufhören derselben, so daß sie von neuem mit allen Erfordernissen beginnen muß, um stattzufinden. Unterschieden davon ist der Fall, wenn nur eine gewisse Zeit nicht eingerechnet wird, wenn die Sache in das Eigenthum einer Person kommt, gegen welche die Usucapion nicht

---

1) (Der Grund ist, weil die lange Zeit eine Vermuthung für einen rechtmäßigen Anfang begründet. Deshalb darf man aber noch nicht mit v. Scheurl a. a. O. S. 80 und Anderen wegen L. 4. 7. D. de iur. et facti ignor. (22, 6) den Gegenbeweis des Rechtsirrthums zulassen. Wozu dann die lange Dauer? Jene Vermuthung ist (wie bei der unvordenklichen Zeit) bloß eine legislative Erwägung. A. d. H.)

stattfindet. Nach Wegfall des Hindernisses knüpft sich die spätere Zeit an die frühere an. Betreffen die Hindernisse die ordentliche Usucapion, so kann sie als außerordentliche auch für diese Zwischenzeit fortdauern.

Die Usucapion hat theils Erfordernisse, die nur in den Anfang fallen, z. B. Titel, theils dauernde. Wenn diese anfangs vorhanden sind, nachher aber wegfallen, so ist die Usucapion unterbrochen, s. das Lehrbuch. Die vornehmste Unterbrechung ist der Besitzverlust. Vergl. darüber die Lehre vom Besitz.

Auch ohne Unterbrechung kann der Eigenthümer die Usucapion abwenden durch Anstellung der Vindication und Litiscontestation. Denn wenn sie auch nachher vollendet wird, so ist dies unschädlich, wenn eine condemnatorische Sentenz erlangt wird, da Alles nach der Zeit der Litiscontestation beurtheilt wird. Die Litiscontestation und was ihre Stelle vertritt ist also so gut als Unterbrechung unter jener Voraussetzung [des condemnatorischen Urtheils], aber man kann es nicht Unterbrechung nennen, da mit der Usucapion selbst nichts vorgeht. Jene Meinung ist nichts als eine unstatthafte Vermischung mit der Klagverjährung. Man könnte glauben, nach canonischem Recht trete eine Unterbrechung durch die Litiscontestation ein, in Folge des Grundsatzes, daß [die nachher eintretende mala fides die Usucapion unterbreche, und durch die Litiscontestation] der bonae fidei possessor in einen malae fidei possessor verwandelt wird. Aber dies ist in dieser Allgemeinheit ein unrichtiger Satz; nur in gewisser Beziehung wird der Besitzer als malae fidei possessor behandelt, nicht in Beziehung auf die Usucapion. Daß mir mein Eigenthum bestritten wird, braucht mich in meiner Ueberzeugung nicht wankend zu machen, geschweige daß es mir das Bewußtsein geben müßte, die Sache sei eine fremde.[1]

Beweis der Ersitzung.

§. 161.

S. das Lehrbuch.

---

1) (Eine wahre civilis interruptio gab es im älteren römischen Recht: s. den Zusatz zu Note e des Lehrb. Darauf deutet der Gegensatz: naturaliter interrumpitur possessio in L. 5. D. de usurp. (41, 3). A. d. H.)

3. Eigenthumserwerb durch Verbindung.

§. 162.

S. das Lehrbuch. Zwei Fragen: 1) tritt eine Eigenthumsveränderung ein? 2) wer wird Eigenthümer?

a. Verbindung ohne Accession.

§. 163.

Der Fall ist: Verbindung zweier Sachen verschiedener Eigenthümer, so daß sie in einem gleichen Verhältniß stehen (s. g. confusio oder commixtio). Eine Eigenthumsveränderung tritt ein, wenn die Sachen ihr selbstständiges Dasein unwiderruflich verloren haben, also unscheidbar sind, z. B. zwei Weine. Hier kann eine Specification eingetreten sein, wenn eine neue Species (z. B. Getränke aus zwei Stoffen, Tuch aus der Wolle zweier Eigenthümer) entstanden, und ein Specificant da ist. Außerdem wird die Mischung res communis, jeder Eigenthümer verliert sein Eigenthum, und erwirbt einen dem Werth desselben entsprechenden Antheil an dem Ganzen.

Keine Eigenthumsveränderung tritt durch die Verbindung ein, wenn beide noch selbstständig bestehen, oder dies Bestehen sich wiederherstellen läßt. Jeder hat sein Eigenthum wie zuvor, gegen den Besitzer die Vindication, wie wenn er abgesondert besäße, entweder ohne weiteres, oder bei einer Cohärenz, z. B. verschiedener Metalle, vorbereitet durch die actio ad exhibendum. Eine andere davon unabhängige Frage ist, ob der Kläger seine Sache in natura erhält, oder die Aestimation. So z. B. bei vermischtem Getreide, wenn es ohne Schuld des Besitzers vermischt ist, hat dieser die Wahl zwischen der Herausgabe eines entsprechenden Maaßes des Haufens und der Geldentschädigung. Dies betrifft nicht das Eigenthum, sondern nur die Restitutionsfrage.

Eine abweichende Behandlung tritt ein bei vermischten Geldstücken, s. das Lehrb. a. E. Die Abweichung ist eine doppelte: 1) die Vermischung wird als integrirende, 2) als Accession behandelt. Der Grund ist folgender. Wenn die Geldstücke ihre Erkennbarkeit verloren haben, so sind sie nicht mehr als Gegenstände des Eigenthums zu betrachten, sondern nur als Repräsentanten eines Werths. Sie sind also nur noch Gegenstand einer Forderung für den früheren Eigenthümer.

Mehrere Juristen haben noch eine Ausnahme angenommen, s. Note b des Lehrbuchs. Wenn bei einer scheidbaren Verbindung noch die Arbeit hinzukomme, und zwar so, daß einer der beiden Eigenthümer die Verbindung bewirkt habe, werde dieser Eigenthümer des Ganzen durch Specification. Also wenn jemand aus eigenem und fremdem Stoff etwas verfertige, komme das sonstige Erforderniß der Specification (Nichtwiederherstellbarkeit) nicht in Betracht. Der einzige Grund dafür ist ein äußerer, eine Stelle der Institutionen.[1] Man hat sie so verstanden, als ob zuerst die Unwiederherstellbarkeit als Erforderniß der Specification aufgestellt, aber nachher eine Ausnahme hinzugefügt werde für jenen Fall. Gegen diese Erklärung spricht schon, daß lauter Beispiele von unscheidbaren Verbindungen angeführt sind: Getränke, Medicamente, Tuch. Ferner den Worten nach kann der Gegensatz ebenso gut auf den vorauserwähnten Streit bezogen werden, so daß von diesem jener Fall eine Ausnahme machte. Diese Erklärung ist vorzuziehen, zumal da sowohl die angeführten Digestenstellen[2] jener widerstreiten, als auch die Allgemeinheit jenes Erfordernisses der wesentlichen Verbindung bei allen diesen Erwerbsarten: Specification, Vermischung, Accession.

Accession.

§. 164.

Accession ist die Verbindung zweier Sachen, wobei die eine als die Hauptsache, die andere bloß als Theil derselben besteht. Der Einfluß auf das Eigenthum hängt von der Innigkeit der Verbindung ab. Drei Fälle sind zu unterscheiden:

1) Accession zu einer universitas rerum; sie wirkt keine Ei-

---

1) §. 25. Inst. de rer. div. (2, 1): Cum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quaeri solet, quis eorum naturali ratione dominus sit — — et post multas Sabinianorum et Proculianorum ambiguitates placuit media sententia existimantium, si ea species ad materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerat, si non possit reduci, eum potius intelligi dominum qui fecerit —. Quodsi partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quisque, veluti ex suo vino et alieno melle mulsum, aut ex suis et alienis medicamentis emplastrum aut collyrium, aut ex sua et aliena lana vestimentum, dubitandum non est, hoc casu eum esse dominum, qui fecerit, cum non solum operam suam dedit, sed et partem eiusdem materiae praestavit.

2) L. 5. pr. §. 1. D. de R. V. (6, 1), L. 12. §. 1. D. de adquir. rer. dom. (41, 1).

genthumsveränderung, hat keinen Einfluß auf die Vindication, vielmehr kann sofort vindicirt werden. Der Unterschied zwischen den beiden Eigenthümern ist nur, daß der Eigenthümer der Hauptsache das Ganze, z. B. eine Heerde vindiciren kann (mit Abzug der fremden Stücke bei der Restitution); dies setzt voraus, daß die größere Anzahl von Stücken sein ist. Im Fall der Gleichheit ist jeder auf die Vindication der einzelnen Stücke beschränkt.

2) Körperliche Verbindung, aber nicht wesentliche. Es tritt keine Veränderung des Eigenthums ein. Aber sie hat Einfluß auf die Vindication. Der Eigenthümer der Hauptsache vindicirt nach wie vor seine Sache ungeachtet des fremden Bestandtheils. Der Eigenthümer der Accession muß zuerst ad exhibendum klagen.

3) Wesentliche Verbindung. Dadurch geht das Eigenthum an der Accession unter. Der Eigenthümer hat nur eine Forderung, entweder auf vollen Ersatz seines Verlustes, oder in quantum locupletior factus est alter. Hier also besonders wird die Frage wichtig, welche von beiden Sachen die Accession ist.

Die Entscheidung kann namentlich zweifelhaft sein bei dem Zusammenkommen von zwei beweglichen Sachen. Das Princip s. oben §. 37, wo auch schon bemerkt ist, daß bei den römischen Juristen einige unrichtige Entscheidungen vorkommen. S. die einzelnen Fälle im Lehrbuch: pictura, scriptura, ferruminatio, plumbatura.

Wenn die eine der Sachen eine unbewegliche Sache ist, so kann die Accessionsqualität nicht zweifelhaft sein, es kommt also nur darauf an, daß die Verbindung eine wesentliche, integrirende ist, [und in einem solchen Falle verliert stets der Eigenthümer der beweglichen Sache sein Eigenthum an den Eigenthümer der unbeweglichen Sache]. Drei Fälle sind zu bemerken:

1) Avulsio, Abreißen eines Stückes Land durch den Fluß oder sonst und Hinführen an ein anderes Grundstück. Das Eigenthum entsteht mit dem Festwachsen.

2) Plantatio, Pflanze, Same, sowie sie Wurzel geschlagen haben. Die Wurzelung begründet den Eigenthumserwerb überhaupt, sie ist überall die Voraussetzung, daß der Eigenthümer des Grundstücks Eigenthümer der Pflanze sei. Es kann aber die Frage entstehen, von welchem Grundstück sie Theil ist, also wer

von mehreren Grundeigenthümern sie erwirbt. Diese Frage entscheidet sich nicht nach den Wurzeln (die Stellen, welche man so hat verstehen wollen, sprechen nur von der ersten allgemeinen Voraussetzung), sondern nach dem Stamm, wo dieser steht. Ein Baum [der auf der Grenze zweier Grundstücke] in confinio [steht], gehört beiden [Nachbarn] pro diviso, [jedem die über seinem Grundstück befindlichen Theile des Baumes; wird er aber] umgehauen, [so gehört er ihnen] pro indiviso [zu quoten Theilen].

3) Inaedificatio. Vorausgesetzt wird, daß das Gebäude res soli ist, daher nicht bei beweglichen Gebäuden. Res soli ist aber nur die universitas, nicht die Materialien als solche, daher erstreckt sich der Eigenthumserwerb nur auf jene. Diese daher können vindicirt werden, wenn das Gebäude zusammenstürzt. Eine Ausnahme erleidet dieser Grundsatz beim wissentlichen Bauen auf fremdem Boden, über die indessen ein Widerspruch im geschriebenen Recht existirt.[1] Die erste der beiden citirten Stellen, so wie andere Institutionen- und Pandektenstellen lassen eine Ausnahme bei jedem wissentlichen Bauen auf fremdem Grund eintreten, die zweite Stelle nur beim animus donandi. Diese letztere Stelle enthält die richtige Entscheidung. Sie bringt die Frage in Zusammenhang mit der Frage des Ersatzes als Verwendung. Wird sie ersetzt, so geht das Eigenthum an den Materialien unter, ebenso ohne Ersatz bei dem animus donandi. Auf Ersatz hat der bonae fidei possessor Anspruch, aber auch der malae fidei possessor hat an impensae utiles wenigstens ius tollendi. Will dies der Grundeigenthümer nicht, so kann er den Bauenden abfinden mit dem Werth nach der Wegnahme. Aber der Bauende kann auch die sonstige Trennung abwarten, und dann seine Materialien in natura fordern. Dies ist offenbar die gerechte Entscheidung; die der Pandekten ist nicht gegründet, wenn sie Wissen und Aufgeben des Eigenthums untrennbar macht, was denn aber freilich nicht ganz klar ist.

---

1) L. 7. §. 12. D. de adquir. rer. dom. (41, 1): Si quis in alieno solo sua materia aedificaverit, — si scit alienum solum esse, sua voluntate amisisse proprietatem materiae intelligitur, itaque neque diruto quidem aedificio vindicatio eius materiae competit — —. L. 2. C. de R. V. (3, 32): — — si vero fuerit dissolutum, eius materia ad pristinum dominum redit, sive bona fide sive mala aedificium exstructum sit, si non donandi animo aedificia alieno solo imposita sint.

§. 165.

Zu Note o des Lehrbuchs. Die Stelle[1] in Parenthese hat die Ausleger viel beschäftigt.[2] In einer vorhergehenden spricht Labeo den gewöhnlichen Satz aus; also ist seine Meinung gewiß nicht, daß das Gegentheil gelten solle. Möglich wäre, daß er dieß bloß als Consequenz bemerkt, indem er den entgegengesetzten Satz als recipirt gelten läßt. Nur würde er sich freilich geirrt haben, denn seiner Argumentation ist entgegenzusetzen, daß die Insel nicht in flumine innatum, sondern ein Theil des bisher occupirten Flußbettes ist. Die gewöhnliche Lösung ist, entweder zu emendiren: non si id etc., oder eine schwimmende Insel anzunehmen, von der allerdings allein gesagt werden kann, sie ist innata in flumine.

4. Erwerb der Erzeugnisse.

§. 166.

Fructus pendentes sind Theile der Sache, und damit im Eigenthum des Sacheigenthümers; dieser hat aber kein besonderes Eigenthum an ihnen. Gegenstand eines besonderen Eigenthums werden sie erst durch die Trennung. Eigenthümer wird dadurch der Eigenthümer der Sache (ohne Besitzergreifung). Dies gilt von allen [organischen] Erzeugnissen [der Sache, nicht bloß von Früchten]. Dieser Erwerb des Eigenthümers wird in Beziehung auf die Früchte insonderheit durch das Recht gewisser anderer Personen ausgeschlossen, nicht der oben §. 150 erwähnten, sondern solcher, die, wie sonst der Eigenthümer, [die Früchte] durch Separation erwerben. Dies sind die juristischen Besitzer der Sache, insofern sie ein Recht auf die Früchte haben. Ein solches Recht giebt die Emphyteusis, die Antichresis, aber auch schon die bona fides.

Dieser Fruchterwerb des bonae fidei possessor ist Gegenstand verschiedener Meinungen. S. die literarischen Nachweisungen in Note d des Lehrbuchs.

In der Hauptsache stehen sich zwei Ansichten (abgesehen von

---

1) L. 65. §. 4. D. de adquir. rer. dom. (41, 1): Labeo libro eodem: Si id, quod in publico innatum aut aedificatum est, publicum est, insula quoque, quae in flumine publico nata est, publica esse debet.

2) (Vergl. auch Donellus, Comm. iur. civ. IV. 11. §. ult. A. d. H.)

Abweichungen innerhalb derselben) gegenüber: 1) Er erwirbt durch Separation nicht das Eigenthum, erst durch Consumtion. Was aber erwirbt er durch Separation? Nach dem Urheber und consequenten Vertheidiger dieser Ansicht den Usucapionsbesitz. Einige seiner Schüler, welche nur diesen Theil der Behauptung aufgeben, können gar keine Antwort auf die Frage geben. 2) Er erwirbt durch Separation Eigenthum, aber ein revocables, d. h. es befreit ihn nicht von der Restitution, wenn der Eigenthümer der Sache diese vindicirt, da die Vindication auch auf die Früchte geht; erst durch Consumtion wird er von dieser Restitutionspflicht befreit, lucrirt er die Früchte. Dagegen hat der Sacheigenthümer keine besondere Klage wegen der Früchte, und dies ist die eigentliche Bedeutung und Wichtigkeit jenes Eigenthumserwerbs des bonae fidei possessor.

Die erste Ansicht hat v. Savigny[1] innerlich dadurch begründen wollen, daß er das Recht des Fruchterwerbs auf den Usucapionsbesitz zurückführt. Der Usucapionsbesitzer erwerbe (wie der Eigenthümer) an den Früchten durch Separation das Recht der Hauptsache, also den Usucapionsbesitz (wie bei einer anderen Theilung der Sache). Diese Ansicht ist aus zwei Gründen unmöglich. 1) Nicht der Usucapionsbesitz ist der Grund des Fruchterwerbs. Es giebt Fruchterwerb ohne Usucapionsbesitz, z. B. bei einer res vitiosa, und Usucapionsbesitz ohne Fruchterwerb bei mala fides superveniens. S. Note e u. f des Lehrbuchs. Nur bei fructus industriales, die durch Arbeit und aus dem Vermögen des Besitzers hervorgebracht werden, soll nach Julian die mala fides superveniens nicht schaden, wenn die Arbeit schon vor der mala fides gethan ist.

2) Die v. Savigny'sche Ansicht widerspricht dem Erwerb durch Separation. Der Besitzer soll nicht durch Besitzergreifung, sondern durch Separation erwerben, der Besitzerwerb soll gleichgültig sein (z. B. ein Dieb separirt). Dies läßt sich vom Eigenthum sagen, aber nicht vom Usucapionsbesitz: er soll Usucapionsbesitz erwerben, aber es ist nicht nothwendig, daß er Besitzer wird! [Dies ist ein Widerspruch, und somit v. Savigny's Ansicht aus diesen Gründen unhaltbar.]

Giebt man aber dies auf, so müßten wir sagen, der bonae

1) Recht des Besitzes §. 22a.

fidei possessor erwirbt gar nichts durch die Separation. Dies würde aber dem geschriebenen Recht ins Angesicht widersprechen, das ganz unbestreitbar einen Erwerb, sei es des Eigenthums oder eines anderen Rechts, an die Separation knüpft. Indem man ferner Alles auf die Consumtion stellt, verwechselt man Eigenthum und Lucriren; [denn man kann Eigenthum erwerben ohne zu lucriren]. Dann entsteht endlich noch ein Absurdum. Die Hauptstelle, mit welcher man beweisen will, ist die dritte in Note f des Lehrb.[2] Der Jurist würde [nach dieser Ansicht] sagen: die Wolle braucht nicht usucapirt zu werden, sondern sie wird gleich durch Consumtion Eigenthum. Also eine Möglichkeit, daß man consumirt, und nachher usucapirt.

Für die zweite Ansicht dagegen spricht eine gewisse Natürlichkeit dieser Rechtsanschauung. Ich habe heute die Usucapion des Grundstücks vollendet, bin also als Eigenthümer anerkannt, die bisherige Unsicherheit meines Eigenthums ist gehoben. Nun habe ich die Erndte vom vorigen Herbst noch in der Scheuer, den Wein in den Kellern; an diesen von meinem Eigenthum gezogenen Früchten soll nun nach jener ersten Ansicht mein Eigenthum so lange ungewiß sein, bis ich auch sie besonders usucapirt habe, ich müßte sie denn gleich losschlagen oder consumiren. Nach der zweiten Ansicht bin ich Eigenthümer; dies hinderte nicht, daß der Eigenthümer der Sache auch jene Früchte mit vindicirte, aber es hindert ihn, sie besonders zu vindiciren.

Und so ist nun in der That die Sache im römischen Recht entschieden.

1) Den Erwerb macht der bonae fidei possessor, d. h. es ist iustus titulus und fortdauernde Abwesenheit der mala fides erforderlich, s. oben.

2) Er macht ihn durch Separation, also so wie die Früchte Gegenstände einer besonderen Vindication werden würden. So erklärt sich die schon angeführte Stelle in der Note f des Lehrb.[3] Die Jungen

---

2) L. 4. §. 19. D. de usurp. (41, 3): Lana ovium furtivarum, si quidem apud furem detonsa est, usucapi non potest, si vero apud bonae fidei emtorem, contra, quoniam in fructu est, nec usucapi debet, sed statim emtoris fit. Idem in agnis dicendum, si consumti sint, quod verum est.

3) (Diese Erklärung der Stelle Note 2 ist 1) gezwungen: die Separation der Lämmer würde schon in der Trennung von den Müttern liegen,

einer Heerde werden Theile der Heerde, und gehören mit ihr dem Eigenthümer. Der bonae fidei possessor hat nur dasselbe Recht wie in Beziehung auf die Heerde überhaupt, weil noch keine vollständige Separation eingetreten ist. Diese erfolgt erst bei der Ausscheidung durch Veräußerung oder Verzehrung; daher ist hier erst durch Consumtion der Erwerb vollendet.[4]

3) Er erwirbt Eigenthum der Früchte, er braucht sie nicht zu usucapiren. Aber dies gilt auch nur von den Früchten, vergl. Note f, h des Lehrbuchs, übrigens sowohl von fructus industriales als von fructus mere naturales.[5]

4) Dieses Eigenthum ist kein Lucriren der Früchte, es schützt nicht gegen die Restitution, s. oben. Daher erklärt sich in L. 48. cit. das interim, was nicht interimistisch heißt, sondern schon jetzt, soviel als statim.[6] Lucrirt werden die Früchte a) durch Wegfall der Eigenthumsklage auf die Sache, b) durch Consumtion, s. unten. c) Die fructus industriales, soweit der auf sie gemachte Aufwand (an Sachen oder Kräften) reicht.

L. 48. §. 2. D. de A. R. D. (41,1); 2) sie würde einen Besitz der Heerde voraussetzen, den es nicht giebt, L. 30. §. 2. D. de usurp. (41,3); 3) sie widerstreitet den Schlußworten, in welchen der Jurist den Erwerb der Lämmer eben so auf die Consumtion stellt, wie den der Wolle. Der richtige Sinn ist: Der bonae fidei emtor würde sich im Allgemeinen bei den Lämmern und der Wolle so gut wie beim partus ancillae durch Usucapion schützen können (L. 2. D. pro suo 41, 10). Da jedoch Lämmer und Wolle zu den Früchten gehören, d. h. zum Verbrauch bestimmte Gegenstände sind, so wird es der Usucapion gar nicht bedürfen, sondern schon früher ein Schutz durch Consumtion eintreten. Diese liegt bei der Wolle bereits in der Schur, also der Separation, indem sie gleich hier mit anderer vermischt wird; bei den Lämmern, die vorerst noch den Müttern folgen und dadurch kenntlich bleiben, in einer späteren besonderen Verbrauchsform z. B. Bildung eines besonderen Lämmerhaufens u. s. f. — Das oben erwähnte vermeinte Absurdum ist ein selbstgeschaffenes. Es versteht sich, daß die Consumtion in concreto auch die Möglichkeit späterer Usucapion ausschließt. A. d. H.)

4) (Der Grund liegt in der inneren Verwandtschaft des Fruchterwerbs mit der Specification, s. §. 154 Note 3. Die Frucht ist eine neue Sache, L. 10. §. 2. D. de usurp. (41, 3), die dem gehört, der sie bona fide erzeugt hat. Daher erklärt sich die naturalis ratio, die cultura et cura in der letzten Stelle Note i des Lehrb. und die anfängliche Beschränkung auf Industrialfrüchte Note g des Lehrb. A. d. H.)

5) L. 48. pr. D. de adqu. rer. dom. (41,1): Bonae fidei emtor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facit, non tantum eos qui diligentia et opera eius pervenerunt, sed omnes, quia quod ad fructus attinet, loco domini paene est —.

6) Vergl. Puchta, Ueber den Besitzerwerb eines Kindes, Rheinisches Museum V. 3. (Vergl. jedoch L. 25. §. 2. D. de usur. (22, 1) quamdiu evictus fundus non fuerit. A. d. H.)

Schutz des Eigenthums.

§. 167.

S. das Lehrbuch.

Nicht jede Vertheidigung durch Berufung auf Eigenthum ist eine exceptio dominii, z. B. nicht der Einwand der Usucapion gegen die Eigenthumsklage, der Einwand des Miteigenthums, wohl aber der gegen die Publiciana.

Eigenthumsklagen.

Rei vindicatio.

§. 168.

Der Kläger behauptet, Eigenthümer zu sein. Dies muß er auch beweisen. Den Beweis des Eigenthums führt er durch den der Erwerbung. Bei derivativer Erwerbung beweist er das dominium auctoris. Dadurch kann der Beweis des Eigenthums sehr schwierig werden. Es ist daher eine Cautel, eine persönliche Klage, womit man denselben Zweck erreicht, vorzuziehen. Ferner gewähren die possessorischen Interdicte auch diesen Vortheil. Endlich ist die Publiciana darum auch für den Eigenthümer von Wichtigkeit. — Auf der anderen Seite ist er nicht so „diabolisch", wie man oft gemeint hat. Man hat an lauter derivative Titel gedacht, dann wäre er allerdings unmöglich. Allein man hat übersehen, daß ja eben die Ersitzung vorzugsweise die Bestimmung hat, diesen Mangel zu ersetzen.

Wegen einer vorübergehend vor einiger Zeit wieder aufgetauchten s. g. milderen (eigentlich unvernünftigen) Meinung s. Note c des Lehrbuchs. Unter anderem steht ihr entgegen, daß dann kein Unterschied mehr wäre zwischen rei vindicatio und actio Publiciana. Dies hat einige Querköpfe verleitet, das bestens zu acceptiren, und wirklich zu behaupten, im justinianischen Recht seien rei vindicatio und Publiciana identisch. Diese Meinung hat den Vortheil der Sicherheit, da sie unter aller Kritik ist, wenigstens unter der in guter Gesellschaft möglichen.

Den Beweis seines Eigenthums hat der Kläger zu führen, nicht bloß wenn ihm dasselbe gänzlich, sondern auch wenn es

theilweise bestritten wird, z. B. wenn der Beklagte Miteigenthum behauptet.

Es entsteht die Frage, ob der Kläger schon zur Zeit der Litiscontestation Eigenthümer sein, also darauf seinen Beweis richten müsse, oder nur vor der Sentenz. Diese Frage ist nicht materiell wichtig, da der Kläger aus jenem Grunde abgewiesen, aus dem nachher erworbenen Eigenthum von neuem klagen kann. Die Frage ist also nur eine processualische. Das römische Recht wendet auch hier den Grundsatz an: nur was zur Zeit der Litiscontestation existirte, ist in iudicium deducirt; es ist also eine neue Interpellation nöthig. Und dies ist auch den Grundsätzen einer zweckmäßigen Ordnung des Verfahrens entsprechend. Das canonische Recht dagegen verpflichtet den Richter, auf das nach der Litiscontestation entstandene Eigenthum Rücksicht zu nehmen, ausgenommen bei Angabe einer bestimmten Erwerbsart in der Klage. Diese Ausnahme wird freilich gewöhnlich eintreten.

Die rei vindicatio setzt totale Verletzung des Eigenthums voraus. Dies ist die Besitzentziehung. Daraus folgt:

1) Niemals kann der Besitzer Kläger sein. Daher kann die Klage nicht angestellt werden gegen den, welcher im Namen des Klägers besitzt, wenn dieser nicht vorher seinen Besitz durch den animus non possidendi aufgiebt, z. B. [also nicht] gegen den angeblichen Usufructuar, [wenn er in meinem Namen,[1] sondern nur] wenn er im Namen eines Anderen besitzt; [wenn er in meinem Namen besitzt, so muß ich die negatoria anstellen, mit der ich läugne, daß er den Usufructus habe]; außerdem [neben der rei vindicatio] steht mir die negatoria [auch zu, wenn der angebliche Usufructuar im Namen eines Anderen besitzt].

In einem Fall hat man eine Ausnahme annehmen wollen.[2] Ueber diesen unus casus ist viel geschrieben worden; manche haben emendiren wollen, non uno casu, weil man mehrere Fälle entdeckt zu haben glaubte, aber nicht hierher passende. Denn es soll für die vindicatio rerum corporalium gelten. Daher ist die sonst gewöhnliche Meinung, die Stelle beziehe sich auf die actio con-

---

1) (S. dagegen L. 7. pr., L. 12. D. usufr. quemadm. caveat (7, 9). A. d. H.)

2) §. 2. I. de action. (4, 6): — — sane uno casu qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit. — Vergl. die Literatur in Note i des Lehrbuchs.

fessoria und negatoria, durchaus zu verwerfen. Nicht besser begründet ist die Meinung des Doujat († 1688), welche bei den Neueren vielen Beifall gefunden hat: wenn der Kläger auf die Sache geklagt habe, so könne er die Klage noch einmal anstellen, wegen vergessener Nebenprästationen. Dies ist ganz unrichtig; die dafür angeführten Stellen handeln nicht von der rei vindicatio, sondern von persönlichen Klagen.

Es ist merkwürdig, daß man so lange nicht auf den Punkt kam, der im Grunde ganz nahe vor den Füßen lag. Die Institutionenverfasser haben eine der Stellen im Sinn, worin die anderwärts verworfene Ansicht, daß eine iusta und iniusta possessio neben einander bestehen könnten, angewendet wird. In einer dieser Stellen[3] wird gesagt, in einem solchen Falle gewinne keiner mit dem Interdict, also bleibt nur rei vindicatio, welche hier der Besitzer gegen den Besitzer anstellt. So stellt sich die Institutionenstelle als ein Irrthum dar (nämlich vom Standpunkt des justinianischen Rechts); aber dies steht der Richtigkeit dieser Erklärung nicht entgegen, da dieser Irrthum, worauf alles ankommt, sich wirklich in latioribus Digestorum libris vorfindet.[4]

2) Der Beklagte ist der Besitzer. Die causa, auf die er besitzt, hat keinen Einfluß auf die Uebernahme der Klage, denn schon das Factum des Besitzes ist Verletzung des Eigenthums. Die causa kann nur etwa Grund einer Exceptio sein, z. B. der doli exceptio, wenn der Beklagte vermöge eines mit dem Eigenthümer geschlossenen Pfandvertrages zu besitzen behauptet.

3) Es ist daher an sich gleichgültig, ob der Beklagte juristischer oder natürlicher Besitzer ist. (Er braucht sich nicht selbst das Eigenthum zuzuschreiben, um das des Klägers zu verletzen.) Zwischen einem natürlichen und juristischen Besitzer hat der Kläger die Wahl. Nur darf der Detentor nicht im Namen des Klägers be-

---

3) L. 3. D. uti poss. (43, 17): Si duo possideant in solidum, videamus, quid sit dicendum; quod aliter procedat, tractemus. Si quis proponeret possessionem iustam et iniustam; ego possideo ex iusta causa, tu vi aut clam; si a me possides, superior sum interdicto, si vero non a me, neuter nostrum vincetur, nam et tu possides et ego. Vergl. L. 15. §. 4. D. de precario (43, 26).

4) (Nur ist es eben nicht wahrscheinlich, daß die Institutionenverfasser diesen Irrthum gebilligt und eingeprägt haben sollten. Natürlicher ist daher die Beziehung auf die Vindication des juristischen Besitzers gegen seine Repräsentanten, die der Verf. nur deshalb verwirft, weil er gegen diese die rei vindicatio für unstatthaft hält; s. aber Note 1. A. d. H.)

sitzen, s. oben. Constantin hat vorgeschrieben, daß der Detentor, wenn er belangt wird, den zu nennen habe, auf dessen Namen er besitzt, damit dieser für ihn die Klage übernehme, um möglicherweise zwei Eigenthumsprocesse zu vermeiden: laudatio auctoris. Dadurch ist aber jener Grundsatz nicht aufgehoben, die Möglichkeit, den Detentor zu belangen, ist nicht ausgeschlossen. a) Nennt der Beklagte seinen Auctor, so wird die Klage nicht etwa dadurch zurückgewiesen, sondern sie bleibt, nur tritt an die Stelle des Beklagten der juristische Besitzer. Weigert er sich, so wird dem Kläger der Besitz übertragen, und der contumax muß das Recht, wenn er will, klagweise verfolgen. b) Macht der Beklagte von der laudatio auctoris keinen Gebrauch, so geht der Proceß gegen ihn fort, er kann auf Restitution condemnirt werden. Nur ist dem Auctor unbenommen, sodann seinerseits zu vindiciren, so wie von seinem Repräsentanten wegen dieses Versäumnisses Entschädigung zu fordern. Ganz unrichtig ist die nicht seltene Ansicht, welche den nicht nominirenden Detentor unter den Gesichtspunkt eines, der liti se obtulit, bringt. Er haftet nicht als fingirter, sondern als wirklicher Besitzer.

4) Der Beklagte muß zur Zeit der Litiscontestation besitzen, um zur Uebernahme der Klage verpflichtet zu sein, doch wird dieser Mangel ersetzt, wenn er nur nachher noch vor der Sentenz Besitzer wird.

5) Wenn der Beklagte den Besitz fälschlich abläugnet, so braucht der Kläger nur diesen zu beweisen, um die Restitution zu erlangen. Nach neuerem Recht bleibt es jenem vorbehalten, dann seinerseits als Kläger aufzutreten.[5] Im römischen Recht kommt ein Interdict vor, mit dem der Kläger in jenem Fall klagt: interdictum quem fundum (duplex: tam adipiscendae quam recuperandae possessionis). Heutzutage wird ohne Interdict durch Verfügung des Richters dem Kläger der Besitz überwiesen.

6) Wenn der Beklagte umgekehrt litem contestirt, ohne wirklich zu besitzen, liti se obtulit, so hat er sich dadurch der Beurtheilung, wie, wenn er Besitzer wäre, unterworfen. Er wird fictus possessor. Ausgenommen ist der Fall eines entschuldbaren Irrthums, hier wird er restituirt; ebenso wenn der Kläger selbst das Gegentheil wußte, also nicht getäuscht war.

---

5) (Ebenso nach altem Recht: es war eben niemals anders. L. un. C. uti poss. (8, 6). A. d. H.)

7) Besitzt der Beklagte zur Zeit der Litiscontestation nicht mehr, so findet die Klage nicht statt. Auch nicht, wenn er noch einen Vortheil von seinem ehemaligen Besitz hat, z. B. den Kaufpreis (nicht wie bei der hereditatis petitio). Wenn indessen die Sache nicht mehr existirt, oder von dem neuen Besitzer usucapirt ist, so hat der ehemalige Eigenthümer gegen jenen vormaligen Besitzer eine persönliche Klage in quantum locupletior factus est.

Anders aber, wenn der Beklagte sich des Besitzes dolose entäußert hat. Hier haftet er, wie wenn er noch besäße: dolus pro possessione est. Dies ist der zweite Fall eines fictus possessor. Ein solcher, der dolo desiit possidere, ist jeder malae fidei possessor, der sich mit Willen des Besitzes entäußert. (Zuerst bei der hereditatis petitio eingeführt, aber auf die rei vindicatio übertragen.) Zwischen diesem fictus und dem verus possessor hat der Kläger die Wahl. Hat er aber gegen den fictus possessor geklagt, und den Werth erhalten, so ist der verus possessor nicht frei, auch gegen diesen ist noch die Klage möglich; denn durch jenen Umstand hat er sein Eigenthum nicht an diesen verloren.

Die utilis rei vindicatio gegen den fictus possessor fordert natürlich dieselbe Begründung, wie die directa, also Beweis des Eigenthums. Hat der dritte Empfänger usucapirt, so fällt sie weg, statt ihrer hat der Kläger dann die actio in factum ob alienationem iudicii mutandi causa.

Gegenstand der Klage.

§. 169.

S. das Lehrbuch. Universitates rerum [können vindicirt werden wie einzelne Sachen], nicht etwa beliebige Massen und Collectiva, nicht ferner Vermögensinbegriffe. Auch nicht Quantitäten, denn sie sind nicht Gegenstand des Eigenthums. Bei Geld z. B. wird nicht die Summe, sondern die [einzelnen] Stücke vindicirt.

Mühlenbruch[1] hat geglaubt, dies habe eine Ausnahme. Bei vermischtem Getreide (oder Metall) könne jeder seinen Antheil vindiciren, also eine gewisse Quantität (die auch noch unbestimmt

1) Lehrbuch §. 270.

sein könne). Dies ist ein Irrthum. Was vindicirt wird, ist auch hier die Sache, z. B. die Körner, nur für die Restitution tritt die Unthunlichkeit der Trennung in Wirksamkeit. (Sonst müßte man sagen: überall, wo jemand haftet, der die Sache selbst nicht restituiren kann, werde die Geldsumme vindicirt).

Bei einer in ein Haus oder einen Weinberg verbrauchten Sache muß der Eigenthümer, falls er nicht den doppelten Werth annehmen will, die künftige Trennung abwarten. Eine solche Trennung ist noch nicht eingetreten, wenn das Material vorübergehend herausgenommen ist, um es sofort wieder zu brauchen, so daß die Wegnahme das Haus oder den Weinbau gefährden würde.

Zweck der Klage.

§. 170.

Zweck der Klage ist die Restitution der Sache cum omni causa. Im Allgemeinen: der Kläger soll in die Lage kommen, wie wenn sein Recht nicht verletzt worden wäre.

1) Restitution der Sache heißt, den Kläger zum Besitzer machen. Ist die Sache nach der Litiscontestation usucapirt, so liegt darin zugleich Uebertragung des Eigenthums. Caution wegen etwaniger Veräußerung oder Verpfändung ist nicht mehr nöthig, da nach neuestem Recht die Veräußerung einer res litigiosa nichtig ist. Was den Ort der Restitution betrifft, so hat bei beweglichen Sachen der Kläger die Wahl zwischen dem Ort, wo die Sache ist, und dem Ort des Gerichts. Ist der Beklagte malae fidei possessor, so geschieht der Transport auf seine Kosten und Gefahr, wenn er die Sache nicht an dem Ort gelassen hat, wo er sie in Besitz nahm; in allen anderen Fällen auf Kosten und Gefahr des Klägers.

Erfolgt die Restitution nicht,

a) wegen contumacia, so geschieht die Condemnation in das, was der Kläger als sein Interesse beschwört, iusiurandum in litem. Der Richter hat eine taxatio zu setzen, aber nicht zu eng, so daß alles nur denkbare Interesse darin begriffen sein kann. (Angemessen wird es sein, das alterum tantum des einfachen Sachwerthes als höchstes Maaß zu setzen).

b) Dasselbe gilt auch, wenn die Restitution durch dolus oder culpa lata unmöglich geworden, so z. B. wenn gegen den dolo desinens possidere geklagt worden ist.

c) Ist die facultas restituendi während des Processes durch geringere Culpa verloren worden, so erfolgt auch Condemnation in das Interesse, aber nur in das von dem Kläger auf dem ordentlichen Wege zu erweisende.

d) Ist die Restitution durch Zufall unmöglich geworden, so wird der Beklagte absolvirt (wenn nur für jetzt, gegen Caution). Ausgenommen die Sache wäre bei dem Kläger, im Fall rechtzeitiger Restitution, nicht untergegangen, z. B. dieser hatte die Sache als venalis, oder den Beklagten hat eine Feuersbrunst betroffen. [Hier muß der Beklagte dem Kläger den Werth der Sache ersetzen.] Bei dem bonae fidei possessor kommt alles dies erst zur Sprache nach der Litiscontestation, vorher quasi suam rem neglexit, bei dem malae fidei possessor von der Zeit seines Besitzes. [Bei ihm kann man nicht sagen, quasi suam rem neglexit, daher tritt diese seine Verpflichtung gleich mit seinem Besitzerwerbe ein.]

[Auf diese Weise kann die Restitution durch die Leistung der Aestimation geschehen.]

Die Bezahlung der Aestimation steht einem Kauf gleich. Der Beklagte wird Eigenthümer, so wie er in den Besitz kommt, wie durch Tradition. Der Kläger muß versprechen, daß er dies nicht hindern wolle. Nur nicht ein dolo desinens possidere hat das Recht; auch er wird im Besitz gegen die Klage geschützt, aber er wird nicht Eigenthümer.

2) Restitution der causa rei. Dahin gehört der Ersatz der Verringerungen der Sache, wovon dieselben Grundsätze gelten, wie von der gänzlichen Unmöglichkeit der Restitution. Ferner der Ersatz der sonstigen Nachtheile durch die spätere Restitution, insbesondere der der Früchte. a) Früchte vor der Litiscontestation. Der bonae fidei possessor restituirt nur die exstantes, und diese können nur mit der Vindication auf die Hauptsache, nicht mit einer besonderen Klage gefordert werden, s. oben. Der malae fidei possessor restituirt dagegen alle seit dem Besitz gezogenen Früchte, auch die fructus a petitore percipiendi. Diese Bestimmung „a petitore" kann zum Vortheil des Klägers gereichen, aber auch zum Nachtheil, z. B. wenn er die nuda proprietas hat. Die consumirten Früchte können auch unabhängig von der Vindication durch eine besondere Condictio gefordert werden, die exstantes durch eine besondere Vindication, da der malae fidei possessor nicht das

Eigenthum erwirbt. b) Früchte nach der Litiscontestation. Der bonae fidei possessor steht hier dem malae fidei possessor gleich. Nur werden unter fructus percipiendi zu seinem Vortheil solche verstanden, die er beziehen konnte. [1] — Zu den Früchten gehören auch die fructus civiles. Nicht aber Zinsen von vindicirtem Geld, wenn der Besitzer es nicht gebraucht hat; denn diese waren zu percipiren nur durch Ausgabe des Geldes, der Vindicant kann aber nicht sagen, es sei sein Interesse gewesen, daß der Besitzer die nummi veräußere.

Das Petitum ist folgendes: daß Klägern das Eigenthum an ꝛc. zuständig, Beklagter daher die Sache mit allen Früchten und Nutzungen herauszugeben, auch alle verursachten Schäden und Kosten zu erstatten schuldig.

§. 171.

Exceptionen gegen die rei vindicatio s. im Lehrbuch. Exceptio doli wegen Verwendungen auf die zu restituirende Sache: Der Ersatz solcher Verwendungen, die der Besitzer aus seinem Vermögen gemacht hat, hängt theils von der bona oder mala fides, theils von der Natur der Verwendungen ab. In letzterer Hinsicht werden drei Classen unterschieden: 1) impensae necessariae, solche Verwendungen, welche zur Erhaltung der Sache oder ihrer Integrität nothwendig sind, quae si facta non essent, res aut peritura aut deterior futura sit, z. B. Nahrung eines Thieres, Reparatur eines Hauses, Errichtung von Scheunen zur Fruchtunterbringung; 2) impensae utiles, solche die den Ertrag und Gebrauch der Sache erhöhen, quae meliorem rem faciunt, z. B. Errichtung oder Erweiterung von Gebäuden, Culturaufwand; 3) impensae voluptuariae, quae speciem duntaxat ornant, non etiam fructum augent. Die Verschönerung eines Hauses z. B. kann zu den impensae utiles gehören, wenn dasselbe zur Vermiethung bestimmt ist, außerdem fällt sie bloß unter die impensae voluptuariae. Dahin gehören überhaupt alle Ver-

1) (Dies wäre eine exceptio de iure tertii (des Fructuars). Die Bestimmung a petitore ist aber auch überhaupt verwerflich und beruht nur auf der falschen Lesart fruiturus statt fruitus sit in L. 62. §. 1. D. de R. V. (6, 1). v. Savigny, System Bd. VI. S. 114—116. Nicht die Geschicklichkeit des Klägers und Beklagten, sondern die mögliche und wirkliche Fruchtgewinnung bilden den Gegensatz. A. d. H.)

wendungen, welche nicht unter eine der beiden ersten Rubriken fallen.

Impensae necessariae werden jedem Besitzer ersetzt, und derselbe hat die Retention, bis der Ersatz geschehen ist. Sind sie auf die Früchte gemacht, so sind sie ein Minus des Fruchtbezugs. Daher wird keine Rücksicht auf vergebliche Impensen genommen, also wenn die Früchte nicht gezogen wurden. Eine Ausnahme von jener Vorschrift macht nur der Dieb, [dem nicht einmal die impensae necessariae ersetzt werden].

Impensae utiles werden dem bonae fidei possessor ersetzt; nur nicht, wenn so unmäßig, daß sie dem Eigenthümer unerschwinglich sind; hier werden sie wie voluptuariae behandelt. Der malae fidei possessor hat [keinen Anspruch auf Ersatz, sondern] nur das ius tollendi, vorausgesetzt, daß die Verwendungen [nach ihrer Trennung noch] für ihn einen Werth haben; diesen kann der Eigenthümer ihm erstatten, und dadurch das Recht beseitigen.

Impensae voluptuariae werden nicht ersetzt; nur jenes ius tollendi findet Statt [ebenfalls so, daß der Kläger die Trennung dadurch verhütet, daß er den Werth der Verwendung nach der Trennung dem Besitzer ersetzt].

Zu den zu ersetzenden Verwendungen kann der Kaufpreis gehören, den der Besitzer für die Sache gegeben hat, wenn durch seinen Kauf die Sache erhalten worden ist. Außerdem findet keine Verbindlichkeit zum Ersatz statt, der Besitzer mag sich an seinen Verkäufer halten. Ausgenommen ist der Fall, wenn der Kaufpreis in das Vermögen des Klägers gekommen und dieser dadurch bereichert ist.

2. Negatoria in rem actio.

§. 172.

Die Negatoria ist die Eigenthumsklage bei partieller Verletzung, Anmaßung einer Servitut oder einer anderen Handlung, welche die volle Ausübung des Eigenthums, so z. B. die Ausschließlichkeit des Gebrauchs beeinträchtigt. So wie es bei der rei vindicatio nicht wesentlich ist, daß der Beklagte sich das Eigenthum zuschreibe, so bei der Negatoria nicht, daß er eine Servitut behaupte. Der gewöhnliche Fall wird es allerdings sein, und

in diesem Zusammenhang kommt die Klage denn auch im geschriebenen Recht größtentheils vor, z. B. de servitute kann confessorisch und negatorisch geklagt werden. Dies ist aber nicht exclusiv gemeint.

Maaßt sich der Beklagte eine Personalservitut an, deren Ausübung mit Detention der Sache verbunden ist, so kann die Negatoria mit der rei vindicatio concurriren: 1) wenn der Beklagte im Namen des Klägers zu besitzen behauptet, so ist bloß die Negatoria zulässig,[1] 2) wenn im Namen eines Dritten, die Vindicatio, aber auch die Negatoria.

Der Zweck der Klage ist im Allgemeinen die Aufrechthaltung der Freiheit der Sache, vindicatio libertatis. Dies ist ein negativer Begriff, daher der negative Ausdruck der Intention, von dem die Klage den Namen erhalten hat, ius ei non esse hoc facere. Dies hat man mit dem Grund verwechselt und behauptet, Freiheit des Eigenthums sei der Grund der Klage. Aber diese Freiheit ist kein Recht, sondern nur eine, und zwar negative Qualität des Eigenthums. Der Ausdruck ist nur eine Beschönigung der Behauptung, der Grund sei die Nichtberechtigung des Gegners, diese aber kann natürlich nie Grund einer Klage sein.

Mit diesem Irrthum hängt zusammen, daß man über den Beweis lange gestritten hat. Der Kläger muß auch hier den Grund seiner Klage beweisen, soweit er ihm verneint wird; beweist er nicht, so siegt der Beklagte, vermöge des commodum possessoris, wenn gleich er ebenfalls nichts bewiesen hat. Viele haben nun für den zu beweisenden Klagegrund die Freiheit des Eigenthums gehalten. Die Nothwendigkeit des Beweises beseitigte man durch die Vermuthung für die Freiheit; diese sollte aber wieder wegfallen, wenn der Beklagte Besitzer des bestrittenen Rechts sei u. s. f., s. Note d des Lehrb. Die erste Stelle[2] spricht von der Beweislast, nicht von dem Beweisthema. Besitzt der Beklagte die Servitut, so kann er den Gegner nöthigen, als Kläger aufzutreten, und hier zum Beweis seines Eigenthums. Die zweite Stelle[3]

---

1) (Vgl. hier dagegen §. 168 Note 1. A. d. H.)

2) L. 8. §. 3. D. si serv. (8, 5): Sed si quaeritur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat, sciendum est, possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint, eum qui servitutem sibi deberi ait, si vero non sunt immissa, eum, qui negat.

3) L. 15. D. de O. N. N. (39, 1): Si priusquam aedificatum esset, ageretur, ius vicino non esse aedes altius tollere, nec res ab eo defen-

handelt von zwei entgegenstehenden Confessorien, vgl. §. 184 des Lehrbuchs.

Die richtige und jetzt auch herrschende Ansicht ist folgende.

Die Negatoria unterscheidet sich in ihrer Veranlassung, nicht in ihrem Grund von der rei vindicatio. Sie ist eine Eigenthumsklage wie diese. Der Grund der Klage, den der Kläger beweisen muß, ist das Eigenthum. Darin besteht das onus probandi, welches den Unterschied macht zwischen dem Umstand, ob die Negatoria angestellt, oder von dem Gegner mit der Confessoria geklagt wird; hier kann er das Eigenthum nicht läugnen, also jenen nicht zu diesem Beweis zwingen. Auf den Beweis der Servitut hat dieser Umstand keinen Einfluß. Behauptet der Beklagte ein Recht, namentlich eine Servitut, so ist dies, materiell betrachtet, eine Exception, die er beweisen muß.

Der Zweck der Klage ist vor allem Beseitigung der Störung, also Restitution des früheren Zustandes (z. B. auch der Sache bei Anmaaßung einer Personalservitut), und deshalb Verbalcaution. Ferner geht die Klage auf Schadenersatz, Unterlassung künftiger Störung, Verbot derselben. Nach der Praxis bei Strafe durch den Richter, im Wiederholungsfalle: Realcaution de non amplius turbando.

Das Petitum ist folgendes: daß Beklagter sich aller Eingriffe in das Eigenthum des Klägers, namentlich des Gehens über dessen Grundstück bei 2c. Strafe zu enthalten (auch deshalb genügende Caution zu bestellen), so wie alle Schäden und Kosten zu erstatten schuldig.

Publiciana in rem actio.

§. 173.

Die vollendete Usucapion verwandelt das bonitarische Eigenthum in quiritisches, den Usucapionsbesitz in Eigenthum. Es schien angemessen, auch schon vor Vollendung der Usucapion den

deretur, partes iudicis non alias futuras fuisse ait, quam ut eum, cum quo ageretur, cavere iuberet, non prius se aedificaturum, quam ultro egisset, ius sibi esse altius tollere. Idemque e contrario, si cum quis agere vellet, ius sibi esse invito adversario altius tollere, eo non defendente similiter, inquit, officio iudicis continebitur, ut cavere adversarium iuberet, nec opus novum se nunciaturum nec aedificanti vim facturum. Eaque ratione hactenus is qui rem non defenderet, punietur, ut de iure suo probare necesse haberet; id enim esse petitoris partes sustinere.

Usucapienten zu schützen gegenüber einem Nichteigenthümer, der nicht wenigstens ein gleiches Recht anführen konnte, unter Umständen kann der Schutz sogar gegenüber dem Eigenthümer gerecht sein. Der Prätor gab dem bonitarischen Eigenthümer, er gab dem Usucapienten eine Vindication: Publiciana in rem actio. Sie enthielt in ihrer Formel die Fiction der vollendeten Usucapion; damit war ausgesprochen, daß sie ganz wie die Eigenthumsklage (abgesehen von der Begründung) behandelt werden sollte.

Die Verschiedenheit liegt nicht in der Bestimmung und dem Zweck, diese sind vielmehr wie bei der Eigenthumsklage, sondern in der Begründung, und damit in dem Beweis. Die Publiciana in rem actio gründet sich auf die Möglichkeit der (ordentlichen) Usucapion. Sie fordert:

1) Usucapionsfähigkeit der Sache. Wo nur die eigentliche Usucapion ausgeschlossen ist, nicht die longi temporis possessio, da findet auch die Publiciana analoge Anwendung.[1] — Dieses Erforderniß braucht der Kläger nicht zu beweisen, dem Beklagten liegt der Beweis des Mangels ob.

2) Iusta causa. Das prätorische Edict nennt die Tradition ex iusta causa. Aber auch ein originärer Titel ist geeignet. Ja wenn ein Titel das Eigenthum ohne Besitzerwerb verschafft [z. B. das Vermächtniß], so ist zur Publiciana nicht einmal nöthig, daß der Kläger schon einmal Besitzer gewesen ist. Die Möglichkeit, auf diesen Titel hin Usucapionsbesitzer zu werden, reicht hin. Beim Kauf ist aber darum ferner nicht einmal pretium solutum nöthig, ungeachtet dies ein Erforderniß des Eigenthumserwerbs und folglich auch des Usucapionsbesitzes ist.[2]

Scheinbarer Widerspruch zweier Stellen über den Fall eines Kaufs von einem Wahnsinnigen:[3] [Wer etwas von einem Wahnsinnigen gekauft hat, ohne zu wissen, daß er wahnsinnig sei, kann

---

1) L. 12. §. 2. 3. D. de Publ. in rem actione (6, 2).

2) (Dies ist nirgends gesagt und auch nicht gegründet, da es nur im Interesse des Verkäufers, nicht des dritten Eigenthümers liegt, daß der Käufer erfüllt. Jener hat natürlich gegen die Publiciana die exceptio non impleti contractus. A. d. H.)

3) L. 7. §. 2. D. de Publiciana (6, 2): Marcellus libro XVII. Digestorum scribit, eum qui a furioso ignorans eum furere emit, posse usucapere, ergo et Publicianam habebit. — L. 2. §. 16. D. pro emt. (41, 4): Si a furioso quem putem sanae mentis, emero, constitit usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset emtio, et ideo neque de evictione actio nascitur mihi, nec Publiciana competit, nec accessio possessionis.

usucapiren, aber nicht pro emtore, sondern pro suo. Die eine Stelle sagt nun, mithin habe er die Publiciana, die andere aber spricht sie ihm ab, weil der Kauf nichtig sei.] Man hat die Vereinigung für unmöglich erklärt, aber sie ist sehr einfach. Die Stelle, welche die Publiciana aberkennt, hat ihre Anstellung gegen den Tradenten im Sinn (replicatio rei venditae et traditae), wie aus den Nebenentscheidungen erhellt.

3) Bona fides. Streitfrage: ob die mala fides superveniens die Publiciana entziehe? Die Publiciana gründet sich auf den Erwerb der Sache in der Art, daß die Usucapion möglich ist. Ein Erforderniß dieses Erwerbs ist die bona fides, und somit auch der Publiciana, aber nur in jener Rücksicht. Die Publiciana setzt nicht eine fortdauernde Usucapion voraus. Wenn sie gegen den Besitzer angestellt wird, ist ja die Usucapion immer unterbrochen.[4] Die Bestimmung des canonischen Rechts hat darauf keinen Einfluß. Wir können höchstens sagen, die Usucapion ist dadurch unterbrochen, aber dies schadet der Publiciana nicht.

Der Beweis des Klägers ist gerichtet auf die iusta causa und auf die Tradition, wo diese zum Erwerb des Eigenthums erforderlich ist. Darum ist die Publiciana auch dem Eigenthümer vortheilhaft, weil er mit ihr unter Umständen auf bequemerem Wege ebenso weit kommen kann, als mit der rei vindicatio. Zweckmäßig wird es sein, wenigstens beide Klagen zu cumuliren, was zuläßig ist.

Hier entsteht die Frage, unter welchen Umständen ist jenes der Fall, und wiefern ist dagegen[5] noch die rei vindicatio denkbar.

Würde man überall mit der Publiciana ebenso gut zum Ziel kommen, als mit der rei vindicatio, und würde umgekehrt, wo die Publiciana nutzlos wäre, auch die rei vindicatio dieses sein, so wäre diese letztere allerdings absorbirt. In der That haben die Neueren häufig die Unterscheidung als praktisch in solchen Fällen angenommen, wo sie nicht stattfindet.

---

4) (Der Verf. meint: die Anstellung der Publiciana setzt eine vorgängige Besitzentziehung durch den Beklagten voraus, und diese unterbricht die Usucapion des Klägers. A. d. H.)

5) (Parbs a. a. O. S. 65 ändert „dagegen" in „daneben". Der Verf. hat aber nicht bloß die Concurrenz, sondern auch die Collision beider Klagen vor Augen. A. d. H.)

1) Die Publiciana vertritt ganz die Stelle der rei vindicatio, wenn der Gegner infirmiore iure possidet d. h. nicht auch Usucapionsbesitzer ist.

2) Die Publiciana ist aber weniger wirksam, als die rei vindicatio, wenn der Beklagte auch Usucapionsbesitzer ist. Die exceptio bonae fidei possessionis schützt gegen die Publiciana, nicht gegen die rei vindicatio (außer wenn sie mit der exceptio rei venditae et traditae sich verbindet); in pari causa melior est conditio possidentis. Hier vertritt also die Publiciana nicht die Stelle der rei vindicatio.

Ueber einen Fall, wo die Publiciana auch gegen die exceptio bonae fidei possessionis durchdringt, s. Note h des Lehrbuchs. Der Kläger hätte gegen den Auctor des Beklagten die replicatio rei venditae et traditae, diese steht auch dem Successor entgegen.[6] — Den Widerspruch der zweiten Stelle Note h cit., die auch bei diversis auctoribus die Priorität entscheiden lassen will, hat man auf verschiedene Weise lösen wollen. So: dieselbe sei von dem Fall zu verstehen, wenn beide gegen einen Dritten auftreten, wovon in der Stelle gar nichts steht. Und überdies wäre auch hier die Entscheidung eine ganz willkührliche und eben so wie dort zu mißbilligen. Die wahre Entscheidung ist: occupantis melior est conditio d. h. dessen, der zuerst ein condemnatorisches Urtheil extrahirt. Der Beklagte steht dann dem Anderen gegenüber, wie einer, der während des Processes durch Zufall die facultas restituendi verloren hat. — Also es ist eine Controverse der Juristen, eine Antinomie, bei der wir ohne allen Zweifel gegen die zweite Stelle L. 31. §. 2. D. de A. E. V. (19, 1) entscheiden müssen.

3) Gewöhnlich sagt man, auch gegen den Eigenthümer sei die Publiciana weniger wirksam, als die rei vindicatio. Dies ist falsch. Nicht schon die Behauptung des Beklagten, Eigenthümer zu sein, exceptio dominii, schließt die Publiciana aus, sondern erst der Beweis dieser Behauptung. Der Kläger wird abgewiesen, wenn der Beklagte die exceptio dominii vorschützt und beweist. Ganz

6) [Mündl. Erläut. bei Puchta a. a. O. S. 65. „Wenn nämlich der Beklagte seinen Usucapionsbesitz von demselben Auctor ableitet, wie der Kläger, aber später als dieser, so genügt die Publiciana, weil der Kläger die exceptio bonae fidei possessionis des Beklagten durch seine replicatio rei venditae et traditae schlägt, die ihm gegen den Auctor des Beklagten zustehen würde und welche dieser sich darum auch gefallen lassen muß".]

dasselbe aber tritt ein, wenn mit der rei vindicatio geklagt ist; der Beweis des Eigenthums von Seiten des Beklagten ist hier ein Gegenbeweis, der den Beweis des Klägers zerstört, und seine Abweisung zur Folge hat. Umgekehrt wenn der Beklagte sein Eigenthum nicht beweist, gewinnt in beiden Fällen der Kläger.

Ja es giebt Fälle, wo die Publiciana in rem actio gegen den Eigenthümer wirksam ist, während die rei vindicatio unwirksam wäre, [nämlich]: wenn die exceptio dominii durch eine replicatio doli entkräftet werden kann. So, wenn res vendita et tradita, oder sonst ein obligatorischer Grund den Eigenthümer verpflichtet, dem Kläger die Sache zu lassen, z. B. die Sache ist vom Nichteigenthümer noxae gegeben. Diese Replicatio geht auch gegen den sein Recht von dem Eigenthümer Ableitenden. Hätte der Kläger in diesen Fällen die rei vindicatio angestellt, so würde ihm der Beweis des Eigenthums obliegen; diesen könnte er nicht führen, und er wäre schon darum abzuweisen, ohne daß jene Repliken zur Wirksamkeit kämen. Repliken sind nur denkbar gegen Exceptionen, hier aber wäre die Vertheidigung des Beklagten eine reine Negation.

Die Publiciana ist nicht bloß als Vindication der Sache, sondern auch als Negatoria zulässig. Auch hier ist es Bedürfniß, dem Eigenthümer einen leichteren Beweis zu verschaffen. Es kann vorkommen, daß der Beklagte aus bloßer Chikane läugnet. Dieses Bedürfniß ist seit dem Mittelalter empfunden worden. Gewöhnlich ist man zu weit gegangen, indem man eine allzu große Erleichterung gewährte z. B. bloßen Besitz, oder bloße Bescheinigung forderte; dies ist theils materiell unrecht, da doch auch das Interesse des Beklagten, nicht von jedem Unberufenen beunruhigt zu werden, berücksichtigt werden muß, theils ganz willkührlich ohne inneren Grund. Am nächsten ist die Praxis der Wahrheit gekommen, indem sie eine Bescheinigung des Usucapionsbesitzes für genügend erklärt hat. Hier ist nur noch der Fehler zu beseitigen, daß man eine bloße Bescheinigung fordert.

Das Richtige ist, eine Actio Publiciana Negatoria zu gestatten, bei welcher der Kläger nur jenen Beweis, wie bei der sonstigen Publiciana zu führen hat.[7] Dies führt zum Ziel, wenn nicht etwa der Beklagte beweist, daß der, von dem er sein Recht ab-

---

7) Vgl. Puchta, über die Negatorienklage, Rhein. Museum I. S. 165 ff.

leitet, auch Usucapionsbesitzer war, [denn nun muß der Kläger die ordentliche Negatoria anstellen und sein Eigenthum beweisen].

In dem Petitum der Publiciana pflegt man die bonae fidei possessio als Quasidominium zu bezeichnen. Daher bei der Vindication: daß dem Kläger das Eigenthum vel quasi zuständig ꝛc., bei der Negatoria: daß Beklagter der Eingriffe in das Eigenthum vel quasi des Klägers sich zu enthalten schuldig ꝛc. In beiden Fällen ist eine Cumulation mit der Eigenthumsklage in dem Petitum enthalten.

Drittes Kapitel.

Das Recht der Superficies und Emphyteusis.

§. 174—177.

Es kommen zwei iura in re vor, welche durch den Umfang ihres Inhalts und namentlich auch darin, daß sie nicht auf ein gewisses Subject beschränkt, sondern veräußerlich und vererblich sind, eine große Aehnlichkeit mit dem Eigenthum haben. Diese Analogie erstreckt sich auch auf den Schutz, eine utilis in rem actio, die nicht in Beziehung auf die Begründung, aber in Beziehung auf Veranlassung und Zweck der Eigenthumsklage gleich behandelt wird. Diese Aehnlichkeit hat schon bei den römischen Juristen die Frage entstehen lassen, ob sie nicht als Eigenthum zu behandeln seien? Diese Frage hat sich seit dem Mittelalter wiederholt. Früher war die Meinung herrschend, sie seien als dominium utile aufzufassen, ein Irrthum, welcher jetzt beseitigt ist.

Diese Rechte sind:

1) die superficies, Recht an einem Gebäude, welches eine vollkommene Disposition über die Superficies gewährt; aber diese volle Herrschaft erstreckt sich nicht auf den Boden. Hier beseitigt sich der Zweifel über die Natur des Rechts schon durch die innere Unmöglichkeit, den Begriff des Eigenthums darauf anzuwenden. Der Superficiar könnte nur als Eigenthümer gelten, wenn ein Eigenthum an der Superficies ohne den Grund möglich wäre.

2) Die emphyteusis, Recht an einem der Agricultur bestimmten Grundstück, welches den vollen Genuß enthält, und so-

gar mit der corporis possessio versehen ist,[1] so daß die Existenz eines fremden Eigenthums hauptsächlich nur in gewissen Abgaben an diesen Eigenthümer sichtbar wird. Diese Emphyteusis knüpft sich an ein früheres, ähnliches Verhältniß an, den Besitz des ager vectigalis. Agri vectigales hießen die Grundstücke im Eigenthum des Staats, welche gegen ein vectigal Einzelnen zum Besitz und Genuß überlassen wurden. In späterer Zeit besonders die den städtischen Communen oder Priestercollegien zugetheilten Grundstücke, welche bei diesen Eigenthümern ihre alte Bestimmung, gegen ein vectigal an Einzelne auf eine bestimmte Zeit oder auf immer überlassen zu werden, beibehielten. Die Grundsätze von diesen wurden nachher auf Emphyteusen angewendet, welche bei den kaiserlichen und kirchlichen Ländereien, zuletzt auch bei denen reicher Privatpersonen vorkommen. Hier war schon unter den römischen Juristen die Meinung vorgekommen, die Besitzer seien Eigenthümer, sie wurde aber verworfen. Unter den christlichen Kaisern tauchte sie wieder auf für die Emphyteusis. Zeno verfügte deshalb in einem eigenen Gesetz,[2] die Bestellung einer Emphyteusis solle weder als Eigenthumsübertragung angesehen werden, noch auch bloß als Obligatio (oder wie er sich ausdrückt: weder als Verkauf, noch als gewöhnliche Verpachtung), sondern als ein Drittes, nämlich als ius in re.[3]

In beiden Rechtsverhältnissen ist ein Recht an der Sache mit einer Obligatio verbunden, so daß jeder, der jenes Recht erwirbt, zugleich in die Obligatio zu dem Eigenthümer tritt, und ebenso jeder Erwerber des Eigenthums in die Obligatio zu dem Superficiar oder Emphyteuta. Die Obligatio ist der civilrechtliche Inhalt des Rechtsverhältnisses, den dinglichen Inhalt hat das prätorische Recht hinzugefügt. Zuerst hat der Prätor einen über den obligatorischen hinausgehenden (also auch gegen Dritte wirksamen) Schutz gegeben durch Interdicte: de superficie, de

---

1) (Vgl. hiergegen §. 125 Note 6. A. d. H.)

2) L. 1. C. de iure emphyt. (4, 66).

3) (Das Gesetz hat einen specielleren und praktischeren Zweck als die Entscheidung dieser Schulfrage, die überdies mit dem Streit ob Kauf oder Pacht? gar nicht unmittelbar zusammenhängt und schon zur Zeit der classischen Juristen im Sinne eines ius in re entschieden war, s. §. 125 Note 6. Zeno's Bestimmung betrifft blos das periculum: der Emphyteuta soll weder als Käufer die Gefahr des Untergangs, noch als Pachter gar keine Gefahr, sondern die der Verschlechterung zu tragen haben. A. d. H.)

loco publico fruendo;[4] dann durch eine utilis in rem actio: de superficie, vectigalis (emphyteuticaria).

Bei der Superficies bestimmt sich das obligatorische Verhältniß durch das Geschäft, wodurch sie bestellt wird. Dies kann sein 1) Miethe eines stehenden Gebäudes; aber ein Recht an der Sache wird nur angenommen, wenn die Miethe auf immer oder auf sehr lange Zeit abgeschlossen ist; 2) Miethe des Grundes, um selbst die Superficies darauf zu errichten (solarium); hier wird im Zweifel stets ein Recht an der Sache als beabsichtigt anzunehmen sein. Es läßt sich aber die Bestellung auch durch einen Kauf (der sich auf dies Recht beschränkt), durch Schenkung, Testament ꝛc. denken. Jener Vertrag, der die Obligatio hervorbringt, ist auch zur Entstehung des dinglichen Rechts, welches Hand in Hand damit gehen soll, hinreichend. Wenn Manche Tradition gefordert haben, so ist dies ohne irgend einen Grund und lediglich deswegen geschehen, weil man irrthümlich Tradition für eine allgemeine Entstehungsform dinglicher Rechte gehalten hat. Auch durch Ersitzung entsteht die Superficies nicht; dagegen läßt sich ein Uebergang derselben von einem auf den anderen durch Ersitzung wohl denken.

Seiner Natur nach muß das Recht sich endigen mit dem Untergang des Gebäudes (die Vernichtung der Superficies im natürlichen Sinn zerstört die Superficies als Recht). Es wacht nicht etwa wieder auf mit dem Wiederaufbau. Ist dies verstattet, so ist es eine neue Superficies, z. B. Vermiethung des Bodens zu diesem Zweck auf eine gewisse Zeit. Der ehemalige Superficiar hat auch auf das Material des zerstörten Gebäudes keinen Anspruch (auch wenn er selbst gebaut hat). Sein Recht hat nur die universitas zum Gegenstand. [An der praktischen Gültigkeit dieses Rechtsinstituts kann nicht gezweifelt werden.]

Die Emphyteusis ist aus einem Pacht hervorgegangen. Sie unterscheidet sich von einem gewöhnlichen Pacht durch die nicht blos zeitliche Dauer (daher Erbpacht — Zeitpacht), und durch das dingliche Recht, mit dem die Obligatio verknüpft ist. Dies ist nicht verändert durch das Gesetz Zeno's, s. oben. Durch diesen

---

4) (Dieses Interdict gehört nicht hierher; es schützt nicht den Vectigalbesitzer im Besitz des Grundstücks, sondern den Publicanus im Genuß des erpachteten Vectigal. A. d. H.)

Ursprung bestimmt sich auch die Natur des emphyteutischen Verhältnisses, welches nicht mit ähnlichen Verhältnissen des einheimischen deutschen Rechts[5] verwechselt werden darf, auf die man oft fälschlich die römischen Grundsätze angewendet hat.

Diese den römischen Rechtssätzen zu Grunde liegende Natur besteht darin, daß die Bestellung einer Emphyteusis von Seiten des Eigenthümers nicht als Vermögensverringerung zu betrachten ist, so wenig wie eine Verpachtung, und ebenso die Erwerbung (ohne Preis) nicht als eine Bereicherung. Sie ist nur eine Gelegenheit zu Arbeit. Es wird also vorausgesetzt, daß die Prästationen des Emphyteuta so bestimmt sind, daß dieses Resultat sich ergiebt. Der Canon hat die Natur eines Pachtzinses. Daher wird die Emphyteusis Gegenstand einer onerosen Veräußerung durch den Emphyteuta nur, wenn derselbe Meliorationen gemacht hat; diese sind es, die er verkauft. Daraus erklärt sich, daß hier so wenig als beim Pächter eine Dereliction möglich ist. Das Verhältniß ist dauernder als eine Zeitpacht; darum schien es billig, dem Eigenthümer noch gewisse andere Rechte einzuräumen. Solche sind das Recht des Vorkaufs, und das Recht, eine Quote des Kaufpreises als Handlohn, Laudemium, zu fordern (bei einer sonstigen Singularsuccession nur, wenn ein Kaufpreis hätte erlangt werden können [z. B. bei Schenkungen. Dies Laudemium ist gesetzlich auf zwei Procent festgesetzt, wenn nichts Anderes verabredet worden]). S. das Nähere in §. 176, 177 des Lehrbuchs.

Man muß, wenn man diese Natur des Instituts erwägt, dasselbe für ein antiquirtes halten. Ein solches Verhältniß wird nur als gewöhnliche Pacht vorkommen, die dinglichen Rechte aber, welche daran erinnern, werden nicht jenen Charakter an sich tragen, sie werden stets von der Beschaffenheit sein, daß der Berechtigte schon durch den Besitz des Guts bereichert ist, mithin werden die vornehmsten Bestimmungen des römischen Rechts keine Anwendung auf sie finden dürfen, da sie eine ganz andere öconomische Beschaffenheit des Verhältnisses zur Voraussetzung haben.

---

5) (Vergl. Gerber, System des deutschen Privatrechts §. 138 ff. A. d. H.)

Viertes Kapitel.

Die Servituten.

Grundprincipien.

§. 178.

Die Sache ist frei, wenn sie nur dem Eigenthümer unterworfen ist, dienstbar, wenn einem Anderen. Res servit ist im Grunde der Ausdruck für jedes ius in re. Aber es ist Einem besonders vorbehalten, aus dem Grunde, weil dieses ursprünglich das einzige, das einzige des ius civile war. Es bezieht sich wie die beiden vorigen auf die Benutzung, aber das ius civile hat nicht eine so vollständige und dauernde Trennung der Benutzung vom Eigenthum zugelassen.[1]

Drei Grundsätze folgen schon aus der Natur der iura in re:

1) Es giebt keine Servitut an der eigenen Sache. An einer res communis wäre sie nur möglich mit Beschränkung auf den Antheil des Anderen. Dieser Auskunft aber kann möglicherweise die Beschaffenheit der Servitut entgegenstehen, die sich vielleicht

---

1) (Den Widerspruch in der gewöhnlichen Auffassung der Servituten (z. B. Büchel, civilr. Erört. 2. Aufl. (1846) Bd. 1. S. 288), nach welcher sie abgelöste Eigenthumsbestandtheile enthalten, während doch das Eigenthum vollständig bleibt, der Eigenthümer die verliehenen Befugnisse mitunter selbst behält und diese nach dem Wegfall der Servitut nicht res nullius werden, sondern consolidiren, sucht Elvers, röm. Servitutenlehre (1854) S. 38, 43, 48, 52, 310 dadurch zu vermeiden, daß er der Minderung des Eigenthums eine Minderung der Sache substituirt d. h. eine rechtliche Fiction annimmt, vermöge deren die der Servitut entsprechende Eigenschaft der Sache (z. B. daß sie Früchte trägt, die Gebäude nicht durch natürliche oder rechtliche Nothwendigkeit erhöht werden) zu einer selbstständigen Sache wird, welche, von der körperlichen ausgeschieden und dem Servitutberechtigten unterworfen, dessen Recht zu einer Herrschaft „über eine einzelne als selbstständige Sache fingirte Eigenschaft einer fremden körperlichen Sache" machen soll. Allein aus der ungeschmälerten Fortdauer des Eigenthums folgt keineswegs, daß die Servitut nicht Theil des Eigenthums sondern der Sache wäre, (denn auch die Ablösung eines reellen Theils, selbst eine fingirte, würde Eigenthumsbeschränkung sein), es folgt nur, daß sie nicht Theil im juristischen Sinn (weder ideeller noch reeller) des Eigenthums, sondern ein heterogenes Recht ist, welches vom Eigenthümer zwar abgeleitet aber nicht übertragen wird, L. 13. §. 2. D. de acceptil. (46, 4), L. 25. pr. §. 1. D. de V. S. (50, 16), L. 63. D. de usufr. (7, 1). Die seltsame Fiction aber, (vermöge deren z. B. die Gebäude für den Eigenthümer von selbst höher werden müßten) scheint aus dem vermeinten Bedürfniß hervorgegangen, für die Servitut eine „unkörperliche Sache" als Gegenstand zu finden, während sie selbst eine res incorporalis (d. h. aber freilich keine unkörperliche Sache, sondern ein Recht ohne körperliche Unterlage) ist, ihr Object aber allemal eine „körperliche Sache (s. Note e des Lehrb.) bildet. A. d. H.)

nicht an einer pars quota denken läßt. Dies ist bei dem usus und den Realservituten der Fall, wegen deren Untheilbarkeit (eine Modification, wenn die Servitut bestand, ehe die Sache gemeinsam wurde, [wo die Servitut fortdauern kann, während sie nicht entstehen könnte], siehe unten §. 190). Die Stelle der Note d[2] scheint die Möglichkeit der Erwerbung einer solchen Servitut [an einer res communis] vorauszusetzen: [das Recht, in einem paries communis Fenster anzulegen, indem sie sagt, wer dies Recht nicht habe, könne keine Fenster in der gemeinschaftlichen Wand anlegen]. Man hat Emendationen versucht (z. B. pariete caeco oder inlumini), die nicht gerechtfertigt sind. Ein doppelter Ausweg ist denkbar. Entweder heißt ius luminis immittendi nicht die Servitut, sondern nur eine durch Uebereinkunft der Miteigenthümer der Sache gegebene Gestalt [die sie bisher nicht hatte], oder paries communis heißt nicht eine im Miteigenthum beider stehende Wand, sondern eine Zwischenwand, die auch pro diviso beiden Nachbarn zustehen kann [und an dieser ist natürlich eine Servitut möglich. Letzterer Erklärung gebe ich den Vorzug].

2) Es giebt keine servitus servitutis, s. Note e des Lehrb. Es wäre dies keine wahre und eigentliche Servitut, wegen der Eigenthümlichkeit der iura in re, aber auch keine analoge, wegen des materiellen Grundes (der Unveräußerlichkeit).

3) Servitus in faciendo consistere non potest. Daß der Eigenthümer der dienenden Sache etwas thue, kann nicht Inhalt der Servitut sein, daher auch nicht Gegenstand der vindicatio servitutis. Daß der Eigenthümer durch eine Obligatio dazu verpflichtet wird, ist damit nicht ausgeschlossen, auch läßt sich denken, daß eine solche ein unbestimmtes Subject, nämlich den jedesmaligen Eigenthümer einer Sache hat, wie bei der Reallast. Aber es ist keine Servitut. Man hat häufig behauptet, im deutschen Recht habe man servitutes in faciendo, als sei dies nur eine Singularität des römischen Rechts. Jenes wäre in der That keine Empfehlung für das deutsche Recht; es ist aber jene Behauptung nur durch die Armuth der Germanisten an Begriffen entstanden. Statt für die Reallasten eigenthümliche Principien zu suchen und nach diesen die Lehre auszubilden, haben es Viele

---

2) L. 40. D. de S. P. U. (8, 2): Eos qui ius luminis immittendi non habuerunt, aperto pariete communi nullo iure fenestras immisisse, respondi.

bequemer gefunden, durch einen Sprung über eines der ersten Principien hinweg, die vorhandenen und schon ausgebildeten Grundsätze von den Servituten anzuwenden. Es ist aber freilich ein gefährlicher Boden; denn wenn wir genauer zusehen, führt uns der Begriff der Reallast auf die Dienstbarkeit des Menschen, auf die Leibeigenschaft zurück, und die Reallasten werden sich, wenn man sich ihres Begriffs bemächtigt, als anomale Ueberbleibsel vergangener Zustände darstellen, wie so Vieles im einheimisch deutschen Rechte, für das jetzt eine antiquarische Begeisterung Mode ist. Der obige Grundsatz ist eine nothwendige Consequenz a) der Eigenschaft der Servitut als Recht an der Sache, Verpflichtung des Eigenthümers ist keine Unterwerfung der Sache; b) der Eigenschaft der Servitut als ius in re, also einer Beschränkung des E i g e n t h u m s, des Eigenthümers als s o l c h e n, eines abgesonderten Bestandtheils des Eigenthums. Daher giebt es nur zwei Klassen von Servituten in dieser Hinsicht, servitutes in patiendo, Berechtigungen zum Thun, affirmative Servituten, und servitutes in non faciendo, Berechtigungen zum Verbieten, negative Servituten. Siehe auch oben die Lehre von den iura in re überhaupt.

Nur die Gewährung der Sache selbst ist das Thun, welches die Servitut als Inhalt in sich aufnehmen kann, z. B. bei persönlichen Servituten Ueberlieferung der Sache zur Detention. Wenn daher z. B. der Eigenthümer sich verpflichtet hätte, das Object der Servitut auszubessern und im Stand zu erhalten, so wäre dies eine Obligatio, nicht Gegenstand der actio confessoria.

Bei der servitus oneris ferendi hat die Mehrzahl der römischen Juristen den Eigenthümer zur Ausbesserung der Mauer oder Säule verpflichtet und darauf die confessoria gegeben, s. §. 184. Der Grundsatz ist aber dennoch nicht übertreten, sondern festgehalten, a) es ist als Gewährung der dienenden Sache zu verstehen, der Eigenthümer stellt die Mauer, und wenn sie nicht mehr taugt, eine neue, b) er kann sich durch Dereliction befreien, c) er braucht das Gebäude nicht zu stützen.

Drei Grundsätze ergeben sich ferner aus dem eigenthümlichen Charakter der Servituten. Dieser besteht darin: Sie beziehen sich auf die Benutzung der Sache. Aber sie constituiren diese Benutzung für ein bestimmtes Subject, dessen Bedürfnisse allein dadurch befriedigt werden sollen (darin liegt das Unterscheidende

der Servituten von Emphyteusis und Superficies). Das Subject ist entweder eine Person oder ein Grunstück. Jene Servituten heißen servitutes personarum, diese servitutes rerum seu praediorum, und nach Beschaffenheit des Grundstücks servitutes praediorum urbanorum oder rusticorum, siehe unten.

Das römische Recht hat einen bestimmten technischen Ausdruck für diese auf ein bestimmtes Subject beschränkte Benutzung: usus. Dieses Wort bezeichnet daher allgemein den Inhalt der Servitut.[3] Der usus kann mehr oder weniger vollständig sein dem Umfange nach (der ganze usus oder einzelne Arten desselben), aber stets liegt darin jene Schranke seines Inhalts: Bedürfnisse eines bestimmten Subjects. Also ist Servitut das ius in re auf Benutzung für ein individuell bestimmtes Subject (für ein persönliches oder Sachindividuum). Aus diesem Begriff ergeben sich folgende Consequenzen:

1) Unübertragbarkeit des Rechts der Servitut. Der Wechsel des Subjects würde es zu einem ganz anderen Recht mit anderem Inhalt machen, der usus wird mit dem Subject ein anderer, z. B. es ist ein großer Unterschied, ob Titius oder Sempronius meine Sache für seine Bedürfnisse gebraucht, oder ob ich die Wegservitut oder Weideservitut dem einen oder dem anderen Grundstück einräume. Dieser Grundsatz gilt sowohl von Personal- als von Realservituten. (Der Wechsel des Eigenthümers ist nicht Wechsel des Subjects, da das Subject der Eigenthümer dieses Grundstücks, nicht dieser Eigenthümer ist.)

2) Unübertragbarkeit auch der bloßen Ausübung des Rechts der Servitut. Denn die Unübertragbarkeit des Rechts gründet sich auf seinen Inhalt, der dadurch verändert werden würde, und dies entscheidet auch gegen die Ausübung durch einen Anderen. Hier ist eine Modification eingetreten. Mit einigen Personalservituten ist ein über den usus hinausgehender Inhalt verknüpft, der Fruchtgenuß, der nichts individuelles ist. Aus dieser Abweichung von der Servi-

3) *(Die Richtigkeit dieses Princips, welches den Verf. zu manchen bedenklichen Folgerungen (s. unten) verleitet, kann nicht zugegeben werden: 1) die servitutes praediorum urbanorum haben keinen usus zum Inhalt, daher z. B. keinen possessorischen Schutz des usus, keinen Untergang durch non usus; 2) auf der anderen Seite kommen bei allen Servituten fructus vor, L. 4. §. 2. D. si serv. (8, 5); 3) endlich hat der usus bei den verschiedenen Servitutenclassen verschiedene Gränzen: man darf nicht mit dem Verf. das Minimum der Prädialservitut als Normal annehmen, s. den Zusatz zu Note h des Lehrb. A. d. H.)

tutennatur folgt dann auch die Uebertragbarkeit der Ausübung des fructus. Nur in Beziehung auf das Recht selbst ist man doch streng bei der Natur der Servituten stehen geblieben. Auch der Usfusfructus kann nicht übertragen werden, ausgenommen dem Eigenthümer, wodurch er aber untergeht. Die erste Stelle der Note i des Lehrb.[4] sagt offenbar: Cession an einen Anderen ist keine Endigung des Usfusfructus, es ist ein nichtiges Geschäft. Man hat behauptet, es sei eine Controverse darüber unter den römischen Juristen gewesen; die zweite Stelle enthalte das Gegentheil. Näher zugesehen ist dies doch nicht der Fall; die Worte: sed ad dominum sind zu verbinden mit difficultas erit — mulieri (quoniam — transire ist Parenthese). Also: Wegen der Unübertragbarkeit des Usfusfructus an einen Extraneus entsteht die Schwierigkeit, daß hier die Dos nicht der Frau restituirt werden kann, sondern nichts übrig zu bleiben scheint, als daß, da der Mann den Usfusfructus nicht behalten soll, derselbe an den Proprietar zurückkehrt.[5]

3) Untheilbarkeit der Servituten, weil der usus untheilbar ist. Es giebt keine Mitberechtigung, nur solidarische, keine theilweise Erwerbung, keine theilweise Aufhebung, siehe unten. Eine Ausnahme tritt ein bei jenen abweichenden Personalservituten durch die Theilbarkeit des Fructus.

---

4) §. 3. I. de usufr. (2, 4): — item finitur ususfructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur, nam cedendo extraneo nihil agitur — L. 66. D. de iure dot. (23, 3): Si ususfructus fundi, cuius proprietatem mulier non habebat, dotis nomine mihi a domino proprietatis detur, difficultas erit post divortium circa reddendum ius mulieri, quoniam diximus usumfructum a fructuario cedi non posse nisi domino proprietatis, et si extraneo cedatur, i. e. qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum. Quidam ergo remedii loco recte putaverunt introducendum, ut vel locet hunc usumfructum mulieri maritus vel vendat nummo uno; ut ipsum quidem ius remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat.

5) (Die Abtheilung der Stelle, durch welche der Verf. zu helfen meint, ist nicht nur durch den Satzbau ausgeschlossen, sondern hebt auch die Schwierigkeit nicht, wenn man nicht etwa noch bei reversurum ein quandoque hinzudenkt (Puchta, Cursus der Inst. II. §. 257 p). Dies ist aber wieder deshalb unzulässig, weil der Jurist, nach den Schlußworten: ut ipsum quidem ius remaneat penes maritum, eine sofortige Consolidation im Sinne hat. Es bleibt daher nur übrig, einen wirklichen Widerspruch zuzugeben und die Meinung des Pomponius, daß der Usfusfructus zwar nicht über- aber untergehe (während er nach Gaius II. §. 30. auch nicht untergeht) aus der Formalnatur der in iure cessio (Keller, röm. Civilproceß (1852) S. 101 Not. 303) zu erklären, mit welcher dieselbe für das Justinianische Recht natürlich wegfällt. A. d. H.)

Personalservituten.

Uebersicht.

§. 179.

Vier Personalservituten kommen im römischen Recht vor: usus, ususfructus, habitatio, operae. Die gewöhnliche Lehre geht 1) von einer unrichtigen Vorstellung von dem Verhältniß derselben aus. Die beiden letzteren erkennt man ziemlich allgemein als bloße Anomalien. Aber in Beziehung auf usus und ususfructus betrachtet man gewöhnlich den ususfructus als das normale Recht, den usus als Abweichung. Das Verhältniß ist gerade umgekehrt.

Personalservitut ist Benutzung einer Sache für ein persönliches Individuum d. h. usus; die servitus usus ist die reine Personalservitut, und an sich die einzige. Nur mit Unterscheidung eines beschränkteren oder unbeschränkteren Usus. Das Charakteristische der servitus usus ist die Beschränkung auf die Bedürfnisse der Person, und die unmittelbare Benutzung, ohne das Recht, den Vortheil in ein Aequivalent umzusetzen (das wäre fructus). Aber dies eben ist zugleich überhaupt der Charakter der Servitut. Innerhalb des reinen Servitutenbegriffs ist keine andere Personalservitut denkbar.

Das Hinzukommen des ususfructus als zweite Servitut ist daher eine Ausdehnung, ein Ueberschreiten jener Gränze. Man ließ zu, mit der Personalservitut noch einen Inhalt zu verbinden, der in Wahrheit sich von der Natur der Servitut entfernt. Dies ist der Gewinn von der Sache (nämlich der, für den die Sache bestimmt ist), also der Fruchtgenuß. In Beziehung darauf also ist die Beschränkung auf das persönliche Bedürfniß weggefallen, eben so die auf den Bezug in eigener Person, und auf den Bezug in natura.

Diese Erweiterung fand man zweckmäßig im Interesse des Eigenthümers selbst. Es wurde dadurch jemanden (z. B. dem Testator) die Möglichkeit eröffnet, einem Anderen die reellen Vortheile des Eigenthums auf Lebenszeit zu verschaffen, und zwar mit der Garantie, welche die Servitut gewährt, ohne das Eigenthum zu geben, ohne dieses also seinem Erben zu entziehen. —

Es ist begreiflich, daß der Usufructus häufiger geworden ist, als der [bloße] Usus, [weil die Bedürfnisse des Verkehrs mehr darauf hinweisen]. [Deshalb wird er auch von den römischen Juristen vorzugsweise beleuchtet.] Dadurch entstand der falsche Schein über das Verhältniß von Regel und Ausnahme: [als ob der Usufructus die Norm sei und der Usus nur die Ausnahme, was sich aus der inneren Natur der Servitut als falsch erweist].[1]

2) Auch in Beziehung auf die heutige Anwendbarkeit der vier Personalservituten sind zum Theil unrichtige Ansichten vorgekommen.

Einige haben den bloßen Usus für unanwendbar gehalten. Der Grund ist, weil wir kein genau entsprechendes deutsches Wort dafür hätten. Dies ist kein Hinderniß, da die Möglichkeit der Intention nicht ausgeschlossen ist, z. B. es giebt Jemand den Gebrauch eines Hauses, aber nur zur persönlichen Benutzung ohne das Recht der Vermiethung. So wird „Wohnung" zu verstehen sein; vgl. auch L. 10. §. 1. D. de usu (7, 8), das Beispiel der römischen Juristen selbst in Beurtheilung des griechischen Worts. Es ist aber auch nicht wohl denkbar, daß gerade die regelmäßigste Personalservitut unanwendbar sein sollte. Wir müssen ja immer eher eine Personalservitut im Zweifel nach der Consequenz des Servitutenbegriffs beurtheilen.

Sodann fragt es sich über die Anwendung der habitatio und operae als besonderer Servituten. Habitatio ist das Recht der Wohnung, also usus oder ususfructus; aber es ist eine dritte Servitut angenommen [wenn der Testator keines jener beiden Wörter gebraucht hat, sondern habitatio], mit folgenden Abweichungen: 1) sie wird nicht verloren durch capitis deminutio, 2) der habitator hat das Recht der Vermiethung, nicht aber das der unentgeltlichen Ueberlassung der Ausübung. Operae servorum et animalium sind Bedienung durch die Sclaven, persönlicher Gebrauch des Thiers. Mithin usus, und dies war auch die Meinung mancher römischen Juristen. Andere dagegen nahmen eine vierte Servitut an und behaupteten folgende Abweichungen: 1) es ist Vermiethen gestattet, 2) sie wird nicht verloren durch non usus

1) (Daß der Usufructus die Regel, der Usus die Ausnahme bildet, beweist schon die Voranstellung des ersteren in den Quellen und die vielen Zweifel über den Inhalt des nudus usus. Der Satz des Verf. ist nur Folgerung aus der §. 178 Note 3 bestrittenen allgemeinen Ansicht. A. d. H.)

und capitis deminutio, 3) Transmission des Legats auf die Erben, wenn der Legatar stirbt, ehe er in den Genuß gekommen ist. Irrthum: die operae gingen überall nicht durch den Tod verloren [vielmehr geht auch diese Servitut durch den Tod des Berechtigten unter, wenn der Legatar selbst zum Genuß derselben gekommen ist], es ist nur von der Transmission des Legats, der Forderung, die Rede.

Die Veranlassung war, daß Testatoren sich statt des streng juristischen Wortes usus oder ususfructus des factischen und vulgären bedienten, und daß man es bedenklich fand, vielleicht gegen ihre Intention jene juristischen Regeln anzuwenden. Daraus, daß hier die Unterscheidung sich lediglich auf den Sprachgebrauch gründet, folgt von selbst, daß diese beiden Servituten als besondere antiquirt sind. Es wäre denn auch für uns nicht möglich, Regeln darüber aufzustellen, wann denn eine Servitut nach diesen Grundsätzen beurtheilt werden sollte. Thibaut hat in Beziehung auf eine derselben, die habitatio, den Versuch einer Erklärung gemacht, der, wenn er richtig wäre, ihre Anwendung möglich machen würde. Er hat geglaubt, die Intention eines Almosens sei das Charakteristische derselben. Aber dies gründet sich nur auf den Unterschied des Vermiethens und Verschenkens, die andere Abweichung läßt sich nicht darauf zurückführen. Es ist daher keine hinreichende Begründung, da sich dies vollkommen eben so gut von jenem natürlicheren Anlaß aus erklärt, der zugleich die andere Abweichung miterklärt. Man wollte in der Abweichung nicht weiter gehen, als das Interesse des Berechtigten forderte.

Usus.

§. 180.

Der Usus ist die reine Personalservitut. Sein Inhalt ist genau bestimmt durch den Servitutenbegriff: Beziehung der Benutzung auf das persönliche Individuum. Es bedarf keiner äußeren Schranke, um das Interesse des Proprietars zu wahren.[1] Darin liegt:

1) Benutzung in dem Umfange, wie es das eigene persönliche Bedürfniß des Usuarius erheischt — doch mit Inbegriff der Fa-

1) (Vergl. hiergegen §. 178 Note 3. A. d. H.)

milie, welcher er vorsteht, und die ihren Unterhalt von ihm bezieht. Der Bezug von natürlichen Früchten, z. B. von einem Landgut, Wald, einer Heerde, ist nicht ausgenommen, aber auf jenen persönlichen Bedarf beschränkt.

2) Naturalbenutzung; der Umsatz in ein Aequivalent fällt nicht in den Usus, sondern in den Fructus. Daher kann der Usuar keine Früchte verkaufen, ferner nicht vermiethen, überhaupt seinen Usus nicht durch einen Anderen ausüben lassen. Dies ist z. B. der Unterschied zwischen usus und ususfructus aedium.

In einigen Fällen weichen die römischen Juristen davon ab, indem sie die Befugnisse des Usuars erweitern. Aber nur bei der Bestellung durch Testament, so weit ein Grund existirt, die allzu genaue Abgrenzung als dem Willen des Testators nicht entsprechend zu betrachten. Diese Fälle sind:[2] 1) beim usus aedium kann der Usuar das Haus nicht bloß zu eigener Wohnung mit der Familie benutzen, sondern auch überflüssige Piecen vermiethen, wenn nur der Usuar selbst wohnt [dies gilt aber nur bei der Bestellung durch Testament, nicht bei der durch Kauf]. 2) Beim usus silvae ist ihm der Verkauf des Holzes erlaubt, wenn der Wald so entfernt ist, daß die Naturalbenutzung zu schwierig oder unmöglich wäre. 3) Der Usus von Pferden, der einem Pferdeverleiher bestellt ist, dessen Gewerbe dem Testator bekannt war, schließt die Benutzung für das Gewerbe, also Vermiethung in sich.

Der Usus kann auf der anderen Seite beschränkt werden, theils durch Wegnahme einer einzelnen Gebrauchsbefugniß, theils durch Reduction auf eine solche. So kann namentlich eine einzelne Gebrauchsweise, z. B. ein gewisses Gewerbe auf dem Grundstücke des Anderen zu treiben u. s. w., auch solche Rechte, wie sie gewöhnlich als Inhalt von Realservituten vorzukommen pflegen, als persönliche Servitut gegeben werden, also als Usus, z. B. das Recht zu gehen, Wasser zu beziehen &c.[3]

---

2) Vergl. L. 2. §. 1, L. 8. 12. §. 4, L. 22. pr. D. de usu (7, 8).

3) L. 14. §. 3. D. de alim. leg. (34, 1): Quidam libertis suis, ut alimenta, ita aquam quoque per fideicommissum reliquerat. Consulebar de fideicommisso, cum in ea regione Africae vel forte Aegypti res agi proponebatur, ubi aqua venalis est. Dicebam igitur, esse emolumentum fideicommissi, sive quis habens cisternas id reliquerit, sive non ut sit in fideicommisso, quanto quis aquam sibi esset comparaturus. Nec videri inutile esse fideicommissum, quasi servitute praedii non possessori vicinae possessionis relicta; nam et haustus aquae, ut pecoris ad aquam adpulsus, est servitus, personae tamen ei (l. eius) qui vicinus non est,

Verhältniß zu dem Proprietar.

Der Proprietar ist von der Benutzung, so weit sie dem Usuar zusteht, ausgeschlossen (in Beziehung auf die Früchte concurrirt er mit ihm).

Da er also über die Nutzungsrechte, soweit sie dem Usuar zustehen, keine Macht hat, so kann er auch keine Servituten auflegen, weil diese eben in Nutzungsrechten bestehen. Eine Ausnahme natürlich findet statt, wo der bestehende Usus nicht betroffen wird, z. B. wenn die Servitut sich bloß auf den Fructus bezöge, denn diesen hat der Usuar nicht, oder der Proprietar die servitus altius non tollendi bestellte, denn der Usuar darf das Haus gar nicht höher bauen oder verändern. Vergl. L. 15. §. 7. D. de usufr. (7, 1),[4] Note d und f des Lehrbuchs (was hier von ususfructus gesagt wird, gilt auch vom usus). Wie erklärt sich in dieser Stelle das ne quidem consentiente fructuario? Der Proprietar kann keine Servitut auflegen aus dem obigen Grunde, der Usuar nicht, weil er sein Recht nicht veräußern kann, weder ganz noch theilweise. Was nun keiner kann, können auch beide zusammen nicht, so lange das Verhältniß besteht, das jeden hindert. Man könnte denken, ein Ausweg sei Cession dieses Nutzungsrechtes, aus dem die Servitut formirt werden soll, an den Proprietar. Dies ist nicht möglich, weil der Usus untheilbar ist. Also kann eine Servitut nur so errichtet werden, daß der ganze Usus an den Proprietar cedirt, und dann von neuem bestellt wird.

Auf der anderen Seite kann der Proprietar fordern, daß der Usuar die Sorgfalt eines diligens paterfamilias auf die Sache verwende, und um so mehr, daß er alles unterlasse, was die Sache beschädigen würde. Er kann den Ersatz jedes durch irgend eine Schuld desselben verursachten Schadens fordern. Auf diese Pflichten geht die cautio usuaria, die der Propietar fordern kann. Es gelten davon die Grundsätze der cautio usufructuaria, siehe §. 181.

(non) inutiliter relinquitur. In eadem causa erunt gestandi, vel in tuo uvas premendi, vel areae tuae ad frumenta ceteraque legumina exprimenda utendi. Haec enim aqua personae relinquitur. Die einzufügende Negation hat hier kein Bedenken, wo sie durch den Zusammenhang der Stelle selbst gefordert wird (nicht bloß durch eine außer ihr liegende Schwierigkeit, wo dergleichen Emendationen immer höchst bedenklich sind).

4) L. 15. §. 7. D. de usufr. (7, 1): Sed nec servitutem imponere fundo potest proprietarius, nec amittere servitutem. Adquirere plane

Usufructus.

§. 181.

Zu dem Usus kann noch der Fructus hinzukommen, das Recht der natürlichen und juristischen Früchte (siehe das Lehrbuch). Dies giebt schon der Name ususfructus. Aber auch fructus bedeutet dasselbe, es giebt keine besondere Servitut des fructus. Ist ein fructus sine usu möglich? Ein solcher kann nicht bestellt werden durch Retention des Usus, weil sonst gerade das Charakteristische der Servitut wegfallen und nur die Anomalie übrig bleiben würde.[1] Das Vermächtniß: A soll den Fructus, B den Usus haben, ist so zu verstehen, daß A den Usufructus erhält, im Usus aber mit B concurrirt. Dennoch ist jenes Resultat möglich:

1) Der Usus war schon vorher einem Anderen gegeben; hier hat der Fructuar einstweilen nur den Fructus bis der Usus accrescirt.

2) Der Usufructuar cedirt den Usus an den Proprietar zurück. Dadurch verliert der Fructus nicht die Eigenschaft einer Servitut, die er schon hatte.[2]

In Beziehung auf die Früchte kann über Anfang und Ende der Nutzung die Frage entstehen, da die Früchte entstanden,

---

servitutem eum posse, etiam invito fructuario, Iulianus scripsit. Quibus consequenter fructuarius quidem adquirere fundo servitutem non potest, retinere autem potest, et si forte fuerint non utente fructuario amissae, hoc quoque nomine tenebitur. Proprietatis dominus ne quidem consentiente fructuario servitutem imponere potest.

1) (Vergl. gegen diesen Grund §. 178 Note 3. Der wahre Grund ist: weil ein Fruchtbezug ohne Usus nicht möglich sein würde, s. Note h des Lehrbuchs, derselbe, weshalb dem Fructuar auch der Weg und sonstige adminicula accediren, L. 2. §. 2, 3. D. si serv. (8, 5). Der Mangel des wesentlichen Servitutenelements würde nie Accession des usus, sondern nur Nichtigkeit des ganzen Vermächtnisses zur Folge haben können. A. d. H.)

2) (In L. 13. §. 3. D. de acceptil. (46, 4): Si quis usumfructum stipulatus, usum accepto tulerit, si quidem sic tulerit acceptum, quasi usu debito: liberatio non continget. Si vero quasi ex usufructu, cum possit usus sine fructu constitui, dicendum est acceptilationem valere hat der Verf. (Cursus der Inst. II. §. 255 r) abweichend von seiner früheren Erklärung (Kleine Schriften S. 102 o) durch Versetzung der Worte cum possit usus sine fructu constitui hinter usu debito zu helfen gesucht. An dieser Stelle aber wären diese Worte völlig matt, während sie an der jetzigen die doppelte Bedeutung haben, daß der partiellen Acceptilation weder 1) das Hinderniß der Untheilbarkeit und Verschiedenheit des Gegenstandes aus L. 13. cit. §. 2, noch 2) die Unmöglichkeit eines fructus sine usu entgegensteht, da durch die Acceptilation gerade umgekehrt ein usus sine fructu constituirt wird. A. d. H.)

aber noch nicht separirt, oder percipirt sein können. Die Frage ist, welches dieser drei Momente entscheidet? S. den Grundsatz im Lehrbuch. (Hinsichtlich des Usus ist kein Zweifel möglich.) Es hängt alles von dem zur Zeit der Entstehung und der Endigung des Nießbrauchs schon geschehenen oder nicht geschehenen Erwerb der Früchte ab. Dies läßt sich aber nicht schlechthin auf juristische Früchte anwenden. Hier ist der Grundsatz anzunehmen: sie vertheilen sich auf die einzelnen Tage; von dem Tage der Entstehung bis zum Tage der Endigung fallen sie dem Usufructuar zu, die früheren und späteren Tagesquoten dem Proprietar. Auf die Fälligkeit kommt nichts an. Nun aber giebt es juristische Früchte, die ein Aequivalent für den natürlichen Fruchtbezug sind; auf diese läßt sich die Entscheidung bei dem letzteren anwenden, so bei dem Pachtzins. Endigt sich der Usufructus nach der Ernte, so fällt der ganze Pachtzins an den Usufructuar oder seine Erben; endigt er sich vor der Ernte, an den Proprietar, s. die Stelle Note f des Lehrbuchs.[3]

Liegen Abgaben auf dem Fructus und hat einer den Usus, der andere den Fructus, so hat der letztere sie zu tragen.

Die große Ausdehnung der Rechte des Usufructuars macht es um so wichtiger, die Proprietät, mit welcher der Usufructus künftig wieder vereinigt werden soll, unverkümmert zu erhalten, und einer unbilligen Ausübung Schranken zu setzen; um so mehr, als in dem Fructus nicht wie in dem Usus an sich ein bestimmtes Maaß liegt. Der Usufructuar hat den vollen Fruchtbezug, aber er darf nicht conditionem proprietatis deteriorem facere. Daraus ergiebt sich folgendes:

1) Durch die Ausübung des Nießbrauchs darf nie die Existenz der Sache selbst gefährdet werden, s. die Legaldefinition Note m des Lehrbuchs.[4]

---

3) Vgl. L. 58. pr. D. de usufr. (7,1): Defuncta fructuaria mense Decembri, iam omnibus fructibus, qui in his agris nascuntur, mense Octobri per colonos sublatis, quaesitum est, utrum pensio heredi fructuariae solvi deberet, quamvis fructuaria ante calendas martias, quibus pensiones inferri debeant, decesserit, an dividi debeat inter heredem fructuariae et rempublicam, cui proprietas legata est? Respondi rempublicam quidem cum colono nullam actionem habere, fructuariae vero heredem sua die, secundum ea, quae proponerentur, integram pensionem percepturum.

4) L. 1. D. eod.: Usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia.

2) Die Art der Benutzung darf nicht auf eine das Interesse des Proprietars gefährdende Weise geschehen, namentlich darf sie nicht eine solche sein, wodurch die Sache ihren Character verlieren würde, z. B. ein praedium urbanum darf der Usufructuar nicht als rusticum benutzen oder umgekehrt. Ueberhaupt darf derselbe keine wesentliche Veränderung vornehmen, z. B. sogar nicht das Hinausbauen eines Gebäudes, auch wenn es jetzt nicht bewohnbar wäre. Ein Anderes wäre, wenn ein Grundstück lediglich die Bestimmung hätte, den größtmöglichen dauernden Gewinn davon zu ziehen, so daß die individuelle Art der Benutzung dem Eigenthümer gleichgültig ist. Daher sind unter dieser Voraussetzung noch weit größere Veränderungen gestattet, sogar statt des Feldbaues Bau auf Mineralien einzuführen, immer aber auch vorausgesetzt, daß kein Interesse des Proprietars verletzt ist. S. Note o des Lehrbuchs,[5] [wo das si quidem ei permittitur nicht heißt: unter der Bedingung, daß es ihm gestattet wird, sondern: da es ihm gestattet ist. Beide Entscheidungen beruhen auf demselben Principe. Feuerbach interpungirt: nocebit, etsi — fuerunt. Forsitan etc. v. Madai dagegen versteht si quidem von einer Bedingung, nicht jedem Usufructuar sei erlaubt, die Lage des Proprietars zu verbessern, es müsse ihm ausdrücklich durch Vertrag eingeräumt worden sein. Dies ist schon an sich eine wunderliche Ansicht, (wenn ein Usufructuar unerlaubter Weise die Sache verbessert hätte, wie soll es dann der Proprietar nach v. Madai anfangen, deshalb zu klagen — auf das Interesse?), dann aber ist es der gewöhnlichen Wortbedeutung entgegen.

3) Abgesehen davon, daß die Nutzung nicht in einer Art geschehen darf, welche die Sache verändert, ist die Art unabhängig von der Behandlungsweise des Eigenthümers. Dagegen ist das Maaß derselben in Beziehung auf die Früchte nach dem des Eigenthümers zu bestimmen. Diese Schranke ist nothwendig, weil eine

---

5) L. 13. §. 5. D. de usufr. (7, 1): Inde est quaesitum an lapidicinas, vel cretifodinas, vel arenifodinas ipse instituere possit? Et ego puto etiam ipsum instituere posse, si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est. Proinde venas quoque lapidicinarum et huiusmodi metallorum inquirere poterit, ergo et auri, et argenti, et sulphuris, et aeris, et ferri, et ceterorum fodinas, vel quas paterfamilias instituit, exercere poterit, vel ipse instituere, si nihil agriculturae nocebit. Et si forte in hoc quod instituit, plus reditus sit quam in vineis vel arbustis vel olivetis quae fuerunt, forsitan etiam haec deiicere poterit, si quidem ei permittitur meliorare proprietatem.

übermäßige Nutzung eine Abnutzung, also eine Verringerung der Substanz zur Folge haben kann.

Der Usufructuar hat wegen seiner Pflichten cautio usufructuaria zu stellen (Ausnahmen siehe in Note n des Lehrb.). Sie hat zwei Bestandtheile: 1) die Verbindlichkeit durante usufructu, ordnungsmäßige Benutzung, Sorge für Erhaltung der Sache, theils durch die eigene dazu erforderliche Thätigkeit, z. B. Anpflanzung, Ergänzung der Heerden u. s. w., theils gegen fremde Beschädigung. Aus diesem Theile der Caution kann der Proprietar schon während des Nießbrauchs klagen; 2) die Verbindlichkeit finito usufructu, Restitution der Sache, wie sie durch ordnungsmäßige Benutzung ist, mit Ersatz des Schadens, der durch Vernachlässigung der Pflichten des Usufructuars entstanden ist. Dahin kann auch der Ersatz des Werthes gehören, wenn der Usufructuar die Sache hat usucapiren lassen.

Quasiusufructus.

§. 182.

Gegenstand dieser Servituten können nicht sein Rechte, weil Servituten Rechte an Sachen sind; ebenso wenig verbrauchbare Sachen, weil daneben nicht eine Fortdauer der Proprietät möglich ist. Wenn ein Usus oder Usufructus an solchen Gegenständen bestellt wird, so wäre eigentlich das Geschäft nichtig. Ferner wenn ein Nießbrauch an allen Gütern bestellt wäre, so müßten jene ausgenommen werden. Dies ist verändert durch ein Senatusconsultum. Es soll eine analoge Anwendung der Grundsätze vom Usufructus eintreten; dadurch ist ein Nießbrauch an allen Vermögensgegenständen möglich geworden, also auch ein ususfructus omnium bonorum. Die Analogie der Behandlung drückt das Wort Quasiususfructus aus (usus und ususfructus läßt sich hier nicht unterscheiden). Die analoge Anwendung bezieht sich auf die Entstehung und Endigung, ferner auf die cautio usufructuaria. Dagegen lassen sich die Grundsätze, welche bei dem wahren Ususfructus von dem Verhältniß beider Parteien durante usufructu gelten, nicht anwenden, da von dem Bestehen einer Proprietät neben dem Ususfructus hier nicht die Rede sein kann.

1) Quasiususfructus an verbrauchbaren Sachen. Die Sachen kommen ins Eigenthum des Quasiusufructuars. An die Stelle

des sonstigen Verhältnisses zwischen Proprietar und Usufructuar tritt eine Obligation, tantundem zu restituiren, entweder dieselbe Quantität derselben Sachen, oder die Aestimation. Dies hat der Quasiusufructuar zu versprechen; aber auch ohne Versprechen besteht die Obligatio.

In manchen Fällen kann es zweifelhaft sein, ob verus oder quasiususfructus bestellt ist. Das Interesse der Frage besteht darin, daß hier die Abnutzung und der zufällige Untergang den Usufructuar, dort den Proprietar trifft. Eine alte Streitfrage besteht hinsichtlich der Kleider, z. B. ein Theaterdirector hinterläßt seiner Wittwe den Ususfructus der Theatergarderobe. Es ist ein Irrthum, die Frage absolut mit ja oder nein beantworten zu wollen, und daher die variirenden Entscheidungen des geschriebenen Rechts für Widersprüche zu halten. Es wird vor allem auf die Intention der Parteien ankommen; erhellt diese nicht aus anderen Umständen, so ist sie nach der Art der vestimenta zu bestimmen, (wenn auch nicht mit den Glossatoren schlechthin Sonntags- und Alltagskleider zu unterscheiden sind).

2) Ususfructus an Rechten. Der Hauptfall ist der ususfructus nominum (Ususfructus an ausstehenden Capitalien). Viele Juristen haben behauptet, dies sei ein verus ususfructus, ein quasiususfructus nur dann, wenn er ausdrücklich als solcher bestellt worden sei.[1] Andere haben ihn mit dem ususfructus pecuniae verwechselt. Daß dieser quasiususfructus ist, beruht auf anderen Gründen. Nerva wollte den ususfructus nominum (mit Ausnahme eines Falls, wo er mit dem ususfructus pecuniae zusammenfällt) gar nicht statt finden lassen; er glaubte, das Senatusconsult beziehe sich nur auf Sachen. Natürlich war er weit entfernt, ihn als verus gelten zu lassen; (er läugnet überhaupt, daß das Geschäft gültig sei, so daß sich also diese Controverse gar nicht auf unsere Zweifel bezieht).

Man muß zwei Fragen unterscheiden, 1) ist der ususfructus nominum ein quasiususfructus; 2) finden die Grundsätze vom periculum darauf Anwendung? Die Bejahung der ersten Frage kann durchaus nicht zweifelhaft sein, Servituten sind nur an Sachen möglich, nicht an Rechten. Der Usufructuar erhält die

---

1) So z. B. Mühlenbruch, Cession der Forderungsrechte (3. Aufl. 1836) S. 497. Note 15.

Forderung durch Cession oder Delegation, mit der Verbindlichkeit, finito usufructu tantundem zu restituiren. Darin liegt auch in der That die Bejahung der zweiten Frage. [Das Periculum geht stets auf den Usufructuar über.] Es kommt nirgends vor, daß hier eine Ausnahme gemacht worden wäre, mithin muß auch diese Frage nach den gewöhnlichen Grundsätzen vom Quasiusufructus beantwortet werden. — Uebrigens ist der Fall auszuscheiden, wo der Berechtigte gar keinen Einfluß auf die Forderung erhält, nur auf die Zinsen angewiesen wird. Hier kann nicht einmal von einem dem Nießbrauch analogen Verhältniß die Rede sein. Die Stellen des geschriebenen Rechts enthalten denn auch nichts anderes, sondern gehen entschieden von diesen Grundsätzen aus.[2]

Realservituten.

Allgemeine Grundsätze.

§. 183.

Der Inhalt einer Realservitut besteht in einem Vortheil, der einem Grundstück (praedium dominans, cui debetur servitus) von einem anderen (praedium serviens, praedium quod servitutem debet) gewährt wird.

1) Dem herrschenden Grundstück muß die Servitut einen Vortheil gewähren, nicht bloß ein persönliches Bedürfniß des Eigenthümers befriedigen. Der jeweilige Eigenthümer kann möglicherweise keinen Nutzen davon haben.[1]

Wie ist der Vortheil des Grundstücks zu denken? Der Inhalt muß ein Vortheil der Sache sein, durch welche hindurch er der Person des Eigenthümers zukommt (darin liegt der Unterschied von den Personalservituten), und zwar Vortheil einer unbewegli-

---

2) Vergl. L. 24. pr. D. de usu et usufr. (33, 2), L. 1. C. de usufr. (3, 33).

1) L. 8. pr. D. de serv. (8, 1): Ut pomum decerpere liceat, et ut spatiari, et ut coenare in alieno possimus, servitus imponi non potest. L. 19. eod.: Ei fundo, quem quis vendat, servitutem imponi etsi non utilis sit, posse existimo, veluti si aquam alicui ducere non expediret, nihilominus constitui ea servitus possit. Quaedam enim habere possumus, quamvis ea nobis utilia non sunt. Die zweite Stelle hat man dem allgemeinen Servitutenbegriff widersprechend gehalten, wonach die Servitut einen Nutzen gewähren muß; sie findet hier von selbst ihre Erklärung.

chen Sache. Z. B. wenn Jemand für ein Reitpferd das Weiderecht sich bestellen läßt, so ist dies keine Realservitut.

Nur dann aber läßt ein Vortheil sich als der eines Grundstücks ansehen, wenn er entweder dem Grundstück im Ganzen zukommt, z. B. bei einer Wegservitut, oder wenn einem damit in Verbindung stehenden Gegenstande, einem solchen, der Theil des Grundstücks ist oder so behandelt werden kann, wie das Haus, die darauf wachsenden Früchte (z. B. servitus aquae), das Vieh, das zur Bewirthschaftung dient (z. B. servitus pascendi).

Daher ist es keine Realservitut, wenn eine Fabrik auf dem Grundstücke angelegt oder sonst ein Gewerbe darauf betrieben, und dem Eigenthümer ein Recht, das die Ausübung dieses Gewerbes unterstützt, verliehen wird, [z. B. das Recht dort Thon zu graben, Wasser zu schöpfen 2c.], denn das Gewerbe kann nicht als Theil des Grundstücks angesehen werden. Es ist also entweder eine Personalservitut oder eine bloße Obligatio.

In dieser strengen Anknüpfung an das Grundstück liegt zugleich der Maaßstab der Ausübung. Nur für das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks, und nicht weiter, als dieses Bedürfniß reicht, kann die Realservitut ausgeübt werden. [2]

Darum wird die Beschaffenheit und Bestimmung des Grundstücks einen bedeutenden Einfluß auf den Inhalt der Realservituten haben. Dadurch gelangen wir auch zum rechten Verständniß der Eintheilung in servitutes praediorum rusticorum und urbanorum. [3]

Die gewöhnliche Ansicht ist, die Eintheilung richte sich nach dem herrschenden Grundstück, also darnach, ob dies ein Gebäude ist oder nicht. Dies ist auch nicht unrichtig, der Ausdruck bleibt in der Analogie von servitutes personarum, praediorum, wo ebenfalls das Subject genannt wird. Die Meinung Einiger, daß das dienende Grundstück entscheiden müsse, ist entschieden unrichtig; sie ist ausgegangen von dem Begriff der Servitut als Dienstbarkeit, nicht als Recht, und es findet sich keine Spur im geschriebenen Recht, daß die Römer diesen Gedanken gehabt hätten. Die Unvollkommenheit jener ersten Ansicht besteht darin, daß sie bei dem ganz Aeußerlichen stehen bleibt, ohne einen Einfluß des herr-

---

2) L. 5. §. 1. D. de S. P. R. (8, 3).
3) Vergl. Note e des Lehrbuchs.

schenden Grundstücks auf den Inhalt der Servituten zu ahnen. Dies zeigt sich in der Behauptung, Rusticalservituten könnten auch als servitutes urbanae vorkommen, was in der That absurd ist.

Einige Juristen[4] haben die Eintheilung auf den Inhalt bezogen, aber dabei den Fehler begangen, das Aeußere ganz außer Ansatz zu lassen, wodurch die Bezeichnung als willkührlich und absurd erscheint. Nach ihrer Meinung gäbe es nämlich zwei Arten von Realservituten: 1) Servituten, die zu Handlungen berechtigen, servitutes praediorum rusticorum; 2) Servituten, die zu einer Anstalt berechtigen und negative, servitutes praediorum urbanorum. Wenn es auch richtig wäre, daß die Servituten durch diese Qualität sich unterschieden, so wäre ganz unerklärlich, warum die Römer einen so wunderlichen Namen gebraucht hätten. Man müßte einen Schritt weiter gehen, und jene Verschiedenheit aus dem verschiedenen Charakter der praedia rustica und urbana ableiten. Das wird indessen nie gelingen können.

Das Richtige ist, den Begriff zugleich in der Beschaffenheit der Grundstücke, und zugleich in dem davon abhängigen Inhalt zu suchen. Auf diesem Wege war v. d. Pfordten,[5] ohne die Wahrheit zu erreichen. Seine Ansicht ist: Servituten zwischen Feldgrundstücken sind servitutes praediorum rusticorum, Servituten zwischen Grundstücken, von denen beide oder nur eines, gleichviel welches, ein Gebäude ist, sind servitutes praediorum urbanorum. Auch hier ist eine andere Eintheilung substituirt, nicht die obige erklärt. Diese Eintheilung kommt auch bei den römischen Juristen vor in L. 3. D. de serv.[6] Consistunt kann sich auf beide Grundstücke beziehen. Vergl. auch L. 20. pr. D. de serv. praed. urb. (8, 2). Aber der Jurist behauptet nicht, daß diese Eigenthümlichkeit mit der unsrigen identisch sei.

Das Wahre ist: Servitutes praediorum urbanorum sind die, welche einem Gebäude zustehen, servitutes praediorum rusticorum, die einem anderen Grundstück zukommen. Aber diese Verschiedenheit des praedium dominans hat einen entscheidenden Einfluß auf den Inhalt der Servitut. Die Bedürfnisse beider Arten von Grundstücken

---

4) Stever, de serv. praed. (1817), v. Vangerow, Leitfaden Bd. I. §. 339.

5) v. d. Pfordten, Archiv für civ. Praxis Bd. XXII. Nr. 2. (1839).

6) L. 3. D. de serv. (8, 1): Servitutes praediorum aliae in solo, aliae in superficie consistunt.

sind verschieden. Mancher allgemeine Inhalt ist bei beiden denkbar, z. B. das Recht zu gehen. Aber dieser Inhalt nimmt in beiden Fällen einen verschiedenen Charakter an. Die praktische Folge ist, die Grundsätze, welche in dem einen Fall davon gelten, z. B. von der Wegegerechtigkeit als servitus praedii rustici, sind nicht schlechthin auf den anderen anwendbar. — Die L. 2. pr. D. de serv. praed. rust.[7] (die als serv. praed. rust. solche Servituten aufführt, welche sonst nur als serv. praed. urb. vorkommen und zum Theil nur als solche gedacht werden können z. B. die servitus altius tollendi etc.) erklärt sich am natürlichsten so: licere altius tollere et officere praetorio vicini, protectum habere licere etc. werden serv. praed. rust. genannt, darum daß sie schon jetzt für ein künftiges Gebäude erworben werden können.

In diesem Einfluß auf den Inhalt der Servituten liegt das hauptsächlichste Interesse der Eintheilung. Aber es giebt doch noch andere (nur mittelbar damit zusammenhängende) Verschiedenheiten ihrer rechtlichen Behandlung, wegen deren es von Interesse ist, zu wissen, ob es sich von einer servitus praedii urbani oder rustici handle. Darauf beziehen sich die Stellen, wo die Frage beantwortet wird, ob gewisse Servituten zu den serv. pr. rust. zu rechnen sind.[8] Im älteren Recht z. B. waren die serv. praediorum rusticorum res mancipi; ferner hat sie noch im neueren Einfluß bei dem Untergang durch non usus, bei der Verpfändung. Zachariä[9] will darthun, daß diese Unterschiede nicht bestehen, sondern nur für gewisse einzelne Servituten gelten. Dies ist durchaus nicht gelungen. Siehe unten.

2) Das dienende Grundstück muß den Vortheil gewähren, durch eine ihm innewohnende Eigenschaft, sei es durch den Boden selbst (z. B. Weg) oder durch eine res soli (z. B. Wasser, Mine-

---

7) L. 2. pr. D. de serv. praed. rust. (8, 3): Rusticorum praediorum servitutes sunt: licere altius tollere et officere praetorio vicini, vel cloacam habere licere per vicini domum vel praetorium, vel protectum habere licere.

8) So L. 1. §. 2. D. de serv. pr. rust. (8, 3), §. 2. I. de serv. (2, 3).

9) Ueber die Unterscheidung zwischen serv. rusticae und urbanae, Heidelberg 1844. (Diese Ansicht ist wieder aufgenommen von Elvers, Röm. Servitutenlehre §. 41, welcher die Eintheilung ebenfalls als eine bloß historische gelten läßt. Es wäre aber doch eine auffallende Erscheinung, daß die römische Rechtswissenschaft nicht die Kraft besessen haben sollte, einen vorwissenschaftlichen Gegensatz aufzulösen, wenn dieser in der That ohne allen systematischen Werth gewesen wäre. A. d. H.)

ralien, Gebäude). Dieses Erforderniß nennt man die perpetua causa der Servitut. Ausgeschlossen sind hierdurch die Fälle: a) wenn die nutzbaren Gegenstände erst durch eine Handlung des Eigenthümers auf das Grundstück kommen, z. B. Abfälle von einem Gewerbe, Wasser, das erst hingeschafft wird; b) wenn sie sonst äußerlich an das Grundstück gebracht werden, besonders wenn dies nur vorübergehend geschieht, z. B. Sand hingeschwemmt ist. Dahin würde auch das Wasser gehören, welches nur durch eine künstliche Anstalt auf das dienende Grundstück hingebracht ist, z. B. durch Schöpfräder und dergleichen, ferner Cisternen. Anders ist es, wenn nur eine Wasserleitung über das Grundstück bestellt wird; hier gewährt das Grundstück nur den Boden, und dies ist causa perpetua. Eine betreffende Uebereinkunft würde allerdings obligatorische Wirkung haben. Indessen ist das römische Recht doch noch einen Schritt weiter gegangen, und hat bei dem Wasser gegen diese Regel, nachgiebig gegen das Bedürfniß, auch eine Servitut angenommen.[10]

3) Ein örtliches Verhältniß zwischen den Grundstücken, welches den Vortheil möglich macht. Von dem Inhalt der Servitut wird es abhängen, ob ein Aneinanderstoßen der Grundstücke erforderlich ist, oder nicht. Die Vicinität ist nicht absolut zu nehmen. Der Zusammenhang kann unter Umständen dadurch hergestellt werden, daß das dazwischenliegende Grundstück demselben Recht unterworfen ist, z. B. der Wegservitut, oder der Ausübung sonst kein Hinderniß macht, z. B. es liegt ein öffentlicher Weg dazwischen. Daher ist auch die servitus prospectus möglich, so lange die zwischenliegenden Grundstücke nicht erhöht werden, z. B. es liegt ein Teich dazwischen, wo für jetzt gewiß keine Erhöhung geschieht, oder auch, wo keine solche Schwierigkeit vorhanden ist, so lange der Eigenthümer es nur ohnedieß unterläßt.

Einzelne Servituten.

§. 184. 185.

Diese §§. des Lehrbuchs geben und erläutern die einzelnen Servituten theils praediorum urbanorum, theils rusticorum, die

---

10) Bei Wasserservituten ist also die Leitung über das Grundstück stets möglich, von ihm eigentlich nur, wenn es zu den natürlichen Bestandtheilen

im geschriebenen Recht vorkommen. Diese sind nur als Beispiele, keineswegs als ausschließliche Fälle zu betrachten. Die Realservituten sind nicht auf eine bestimmte Zahl beschränkt, die Schranke ist nur eine innere durch die Erfordernisse des vorigen §., denen jede entsprechen muß.

Entstehung der Servituten.

§. 186.

S. das Lehrbuch. Miteigenthümer des künftigen herrschenden Grundstücks müssen alle erwerben. Es kann aber successiv geschehen. So lange noch einer nicht erworben hat, ist keine Servitut wegen der Untheilbarkeit der Servituten. — Kein Anderer als die Genannten, z. B. nicht der Usuar oder Usufructuar, kann sich für das Grundstück eine Servitut bestellen lassen.

§. 187.

Bei der Bestellung der Servituten kommt zweierlei in Betracht, 1) die Befugniß des Bestellers, 2) der Act der Bestellung selbst.

Zu 1. Der Eigenthümer ist regelmäßig derjenige, welcher befugt ist, eine Servitut auf die Sache zu legen. Ein Miteigenthümer kann den Usufructus an seiner pars bestellen, nicht andere Servituten, eben wegen der Untheilbarkeit. Bei der Bestellung jeder anderen Servitut außer dem Usufructus müssen alle Miteigenthümer zusammenwirken; die Servitut ist entstanden, wenn alle bestellt haben, auch wenn dies successiv geschehen ist.

Bei der Bestellung durch einen bonae fidei possessor wird der Erwerber geschützt gegen jeden, gegen den der Besteller mit der Publiciana durchdringt. Eine durch einen Superficiar oder Emphyteuta bestellte Servitut wird aufrecht erhalten, so lange das Recht der Superficies und Emphyteusis an der Sache existirt, [nicht bloß so lange der Besteller der Berechtigte ist: sie geht mit einer Veräußerung jenes Rechts über, und nur mit dessen Untergang ebenfalls unter]. Auch an künftigen Sachen und für künf-

---

des Grundstücks gehört. Nicht bei künstlicher Hinschaffung. Eine obligatorische Wirkung ist allerdings möglich. Hier aber ist das Princip modificirt. (Randbemerkung des Verfassers.)

tige Sachen können Servituten bestellt werden, also serv. pr. urb. für Grundstücke, welche jetzt noch rustica sind.

Zu 2. Der Act der Bestellung kann eine letztwillige Disposition, [namentlich] ein Vermächtniß sein. Das Recht entsteht, sowie die Zeit kommt, wo das Vermächtniß realisirt werden kann, ohne daß ein weiterer Act hinzukommen müßte.

Sehr bestritten ist, was zur vertragsmäßigen Bestellung gehört.

Bei dem Vertrage kann die Absicht auf eine Obligatio gehen, so daß also der Vertrag die Bestellung noch nicht in sich schließen soll. Hier bringt der Vertrag nicht die Servitut hervor; der Grund aber liegt nicht in der Form, daß es ein Vertrag ist, sondern in dem Willen der Parteien.

Die Frage ist, wenn die Intention auf sofortige Entstehung der Servitut geht, ob der Vertrag zur Constituirung der Servitut hinreicht, oder ob noch ein weiterer Act erforderlich ist. Sonst war hierüber die herrschende Meinung: es sei Tradition nothwendig, wenigstens bei affirmativen Servituten, bei negativen liege sie schon im Vertrage. Es giebt wenige Meinungen, die so ganz aller Begründung aus dem geschriebenen Rechte baar sind, denn nirgends ist ein Wort von der Nothwendigkeit der Tradition gesagt. Die Meinung hat keinen Grund als den Irrthum, daß Tradition eine allgemeine Entstehungsform der dinglichen Rechte sei. Dagegen ist schon oben das Nöthige bemerkt. So entsteht ja z. B. die Hypothek durch bloßen Vertrag (manche Neuere sind von jenem Aberglauben so durchdrungen, daß dies mit ein Grund für sie war, der Hypothek die Eigenschaft eines dinglichen Rechts abzuläugnen). Noch eine Veranlassung fand jener Irrthum in der alten Theorie vom titulus und modus acquirendi.

Die richtige Auffassung, daß Tradition nicht erforderlich ist, rührt ursprünglich von v. Savigny her, dessen Ansicht dann von Anderen näher ausgeführt worden ist.[1] Es ist keine erfreuliche Erscheinung, daß es noch immer angesehene Juristen giebt, welche den alten Irrthum obstinat vertheidigen. Niemals hat man einen einigermaaßen scheinbaren Grund für die Nothwendigkeit der Tradition aufgestellt. Man hat versucht, die Gegengründe zu beseitigen, vergessend, daß der Beweis dem obliegt, der die Tradition

1) Vergl. die literarischen Nachweisungen in Note f des Lehrbuchs.

behauptet. (Man vergißt dies sehr leicht bei alten Irrthümern, — in der Wissenschaft giebt es keine Verjährung; wie alt auch eine wissenschaftliche Ansicht sein möge, sie muß immer bereit sein, sich zu legitimiren. Eine alte Thorheit ist nicht um ein Haar respectabler als eine junge.)

Aber es fehlt sogar nicht an einem hinreichenden Beweis des Gegentheils, der für jeden, welcher einigermaaßen in die Geschichte des Rechts sich hineinfühlt, einleuchtend sein muß.

Im ältesten Recht wurden die Servituten ausschließlich durch Vertrag bestellt, nur in einer solennen civilen Form: durch in iure cessio und bei der serv. praed. rust. durch Mancipation. Dann durch Uebereinkunft bei der in iure cessio oder Mancipation der Sache. Eine so bestellte Servitut ist iure civili constituta; sie setzt überdies eine Sache voraus, die das commercium des ius civile hat. Ursprünglich gab es keine andere Servitut. v. Vangerow meint, es sei uncivilistisch, daß ein dingliches Recht ohne Tradition entstehe. Dann müßte das ius civile das ius incivilissimum sein.

Bei Provinzialgrundstücken (eben so bei agri vectigales und bei einer Superficies) fand jene civile Bestellung keine Anwendung. Hier mußte man sich damit helfen, das Pactum durch eine Stipulation zu bekräftigen, um eine persönliche Klage (auf Strafe oder auf das Interesse) im Fall der Störung oder Verletzung zu haben. Dies war keine Servitut, sondern eine Obligatio. Das prätorische Recht erweiterte die Wirkung eines solchen Vertrags: 1) wenn Quasitradition hinzukommt, soll die Publiciana gegeben werden, bei welcher das Recht des Constituenten nicht bewiesen zu werden braucht, und mit der man gegen einen Minderberechtigten durchdringt. 2) Auch ohne Tradition soll dem Erwerber, wenn er das Recht des Bestellers nachweist, eine Confessoria zustehen, und dadurch ist also eine Servitut anerkannt. In beiden Fällen nannten die römischen Juristen die Servituten: servitutes tuitione praetoris constitutae. Das Resultat ist: eine Servitut kann durch einfachen Vertrag bestellt werden, mit der Wirkung der prätorischen Confessoria. Dies Recht kann noch durch zwei Umstände erweitert werden: 1) durch Stipulation, welche die actio ex stipulatu, 2) durch Tradition, welche die actio Publiciana giebt.

Nach dem Recht zur Zeit der römischen Juristen entstand also das Recht der Servitut immer durch Vertrag ohne Tradition; nach Civilrecht durch jene solennen Verträge, nach prätorischem Recht durch die einfachen Pacta. Die Tradition fügt noch eine besonders vortheilhafte Wirkung hinzu, aber nicht die des Rechts der Servitut. S. die Stelle der Note e des Lehrbuchs.

Die Tradition müßte erst später, erst etwa im justinianischen Recht als Erforderniß hinzugesetzt sein; davon findet sich aber nicht die mindeste Spur, ja das Gegentheil wird ausgesprochen. Die Bestellung durch Vertrag wird in mehreren Stellen so genannt, daß man unmöglich die Tradition dabei stillschweigend subintelligiren kann.[2]

Justinian hat nichts gethan, als was von selbst folgte, 1) aus der Antiquirung der in iure cessio und mancipatio, 2) aus der Aufhebung des Unterschiedes zwischen italischen und Provinzialgrundstücken. Die Bestellung bei diesen letzteren ist die allgemeine geworden: die Tradition war früher nicht nothwendig, sie verschaffte nur jenen von der Entstehung des Servitutenrechts unabhängigen Vortheil der Publiciana, und so ist es auch im justinianischen Recht geblieben. Ueber die richterliche Bestellung einer Servitut s. das Lehrbuch a. E.

Ersitzung der Servituten.

§. 188.

Die Ersitzung ist auf die Servituten angewendet worden, aus demselben Grunde, aus dem sie beim Eigenthum nothwendig

---

2) §. 4. I. de serv. (2, 3): Si quis velit vicino aliquod ius constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere debet. Potest etiam testamento quis heredem suum damnare, ne altius tollat aedes suas, ne luminibus aedium vicini officiat, vel ut patiatur eum tignum in parietem immittere, vel stillicidium habere, vel ut patiatur eum per fundum ire, agere, aquamve ex eo ducere. L. 25. §. 7. D. de usufr. (7, 1): Quod autem diximus, ex re fructuarii vel ex operis posse adquirere, utrum tunc locum habeat, quotiens iure legati ususfructus sit constitutus, an et si per traditionem vel stipulationem vel alium quemcunque modum, videndum. Et vera est Pegasi sententia, quam et Iulianus libro sexto decimo secutus est, omnia fructuario adquiri. L. 1. pr. D. quib. mod. usufr. (7, 4): Non solum usumfructum amitti capitis minutione constat, sed et actionem de usufructu. Et parvi refert, utrum iure sit constitutus ususfructus, an vero tuitione praetoris. Proinde traditus quoque ususfructus, item in fundo vectigali vel superficie, non iure constitutus, capitis minutione amittitur.

wird, um das Recht gegen eine eintretende Unerweislichkeit zu sichern. Eine lange Ausübung soll den Nachweis der rechtmäßigen Entstehung ersetzen.

Ursprünglich scheint sogar die Usucapion darauf bezogen worden zu sein, wenigstens bei gewissen Servituten, bei denen man eine fortwährende Ausübung, continua possessio, annehmen kann, so namentlich bei den serv. pr. urb. und persönlichen Servituten. Von dieser Anwendung der Usucapion auf die Servituten kam man zurück; es giebt keine Usucapion der Servituten mehr, und zwar wird dafür die Lex Scribonia angeführt.

Nach prätorischem Recht ist dem longum tempus diese Wirkung der Ersitzung gegeben worden, so daß also eine solche Servitut eine servitus tuitione praetoris constituta ist. Das justinianische Recht hat dies recipirt.

Diese Ersitzung ist in den Erfordernissen sehr verschieden von der Ersitzung des Eigenthums; nur mit bedeutenden Modificationen ließ sich das Institut hierher übertragen. Dies wird gewöhnlich übersehen, wodurch eine nicht kleine Zahl von Irrthümern[1] entstanden ist. Die Erfordernisse der Servitutenersitzung sind folgende:

1) Besitzerwerb (siehe oben die Lehre vom Besitz). Iustus titulus und bona fides sind hier nicht erforderlich; statt deren tritt ein anderes Erforderniß ein.

2) Fortgesetzte Ausübung die bestimmte Zeit hindurch. Zum Beweis dieser Fortsetzung ist nicht hinreichend, daß die Ausübung am Anfang und Ende der Zeit bewiesen wird (wie beim Eigenthum), sondern es müssen auch Ausübungshandlungen in der Zwischenzeit nachgewiesen werden. Wie viele nothwendig sind, ist dem Ermessen des Richters überlassen. Dieser Beweis ist entschieden erforderlich bei den servitutes discontinuae, welche bloß in einzelnen getrennten Acten ausgeübt werden, wie z. B. die Wegservitut und überhaupt die meisten serv. praed. rust. Nur da, wo die Ausübung in einem fortdauernden Zustande besteht, bei persönlichen Servituten mit Detention der Sache zu diesem Zweck, ferner in einer Anstalt, wie bei der servitus tigni und oneris, ist er nicht erforderlich, sondern es ist hinreichend, daß Anfang und Ende dieses Zustandes nachgewiesen wird; der Be-

1) Vergl. Note m des Lehrbuchs.

weis der Unterbrechung fällt dem Gegner zu. — Unterbrochen wird die Ersitzung der Servitut, wie beim Eigenthum, durch Besitzverlust.

3) Der Besitzerwerb ist hiernach kein so bedeutendes Moment, wie bei der Usucapion der Sache. Darum ist hier die Rechtmäßigkeit des Besitzes, welche auch hier gefordert wird, nicht auf den Anfang verlegt (nicht als iustus titulus und bona fides bestimmt), sondern auf die ganze Dauer der Ausübung. Der Besitz muß eine iusta possessio sein, d. h. die Ausübung darf in keinem Theil der Zeit vi, clam oder precario geschehen sein, nämlich gegenüber dem Eigenthümer der dienenden Sache. Vi geschieht die Ausübung auch schon durch Handlung gegen Verbot, daher unterbricht ein Verbot die Ersitzung. Der Beweis, welcher dem Kläger obliegt, ist auch auf dies Erforderniß zu richten. Doch genügt der Beweis, daß die Ausübung von Anfang nec vi, nec clam, nec precario geschah; dann wird die Rechtmäßigkeit der Ausübung auch für die Folgezeit vermuthet.

Ohne Sinn ist es, neben diesem Erforderniß noch Titel und bona fides zu fordern, denn offenbar soll die iusta possessio das Surrogat für diese sein. Für den Titel giebt es auch nicht den Schein eines Grundes, für die bona fides hat man eine Stelle angeführt.[2] Offenbar will diese jedoch kein Erforderniß der Ersitzung, sondern des Besitzes geben („servitute usus"). Wenn sie etwas bewiese, so würde dies das Erforderniß der bona fides für den Besitz sein. Dies behauptet Niemand, folglich heißt das Wort credidit soviel als tanquam id suo iure faceret, es bedeutet hier nicht den guten Glauben, sondern die Absicht, die Servitut als eigenes Recht auszuüben. Dies ergiebt sich aus dem Gegensatz pro via publica, pro alterius servitute.

4) Die Zeit ist das longum tempus, also 10 Jahre inter praesentes, 20 Jahre inter absentes. Die Meinung, daß hier longum tempus eine andere Bedeutung hätte, ist ohne allen Grund. Auch ist nie eine längere Zeit erforderlich, und es ist ein Irrthum, eine außerordentliche Ersitzung bei usucapionsunfähigen Sachen anzunehmen. Denn die Usucapionsunfähigkeit bezieht sich nur auf die Eigenthumsersitzung.

---

2) L. ult. D. quemadm. serv. (8, 6): Servitute usus non videtur nisi is, qui suo iure uti se credidit, ideoque si quis pro via publica, vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum nec actio utiliter competit.

Aufhebung der Servituten.

§. 189. 190.

Das Eigenthum kann auf doppelte Weise verloren werden, entweder so, daß es an einen Andern kommt, oder so, daß es untergeht, indem die Sache überhaupt aufhört im Eigenthum zu sein. Ebenso ist es bei der Emphyteusis und Superficies. Nicht so bei den Servituten, weil keine Veräußerung, kein Wechsel des Berechtigten stattfindet. Also jeder Verlust ist Untergang der Servitut, Wiedervereinigung des abgetrennten Bestandtheils mit dem Eigenthum.

Dieser Grundsatz hat einige, theils scheinbare, theils wirkliche Modificationen:

1) Wenn Jemanden eine Servitut, namentlich Ususfructus bestellt ist, so daß er unter der Voraussetzung des Verlustes wieder gegeben wird, so fällt die Rückkehr weg; durch den Verlust des Berechtigten tritt ein neuer Berechtigter ein, entweder dieselbe Person oder ein Anderer. Dies ist nur eine scheinbare Modification, weil die alte Servitut untergegangen und eine neue, von jener unabhängige, entstanden ist.

2) Wenn Mehreren eine gleiche Servitut an derselben Sache zusteht, z. B. der Usus oder eine Realservitut, so sind sie solidarisch berechtigt, aber einer beschränkt den Anderen in der Ausübung. Diese Beschränkung fällt weg durch den Verlust von Seiten eines der Berechtigten, dem Eigenthümer kommt dies zunächst vielleicht nicht zu Gute. Aber auch dies ist nur eine scheinbare Modification, die verlorene Servitut ist wirklich untergegangen und zurückgekehrt, die fortdauernde ist keine neue, sondern nur eine von einer *factischen* Beschränkung entbundene.

3) Wenn Mehreren ein Ususfructus an derselben Sache bestellt ist, so sind sie pro parte berechtigt (wegen der Theilbarkeit des fructus). Es existirt also hier nicht bloß eine factische Beschränkung der Ausübung, sondern eine Theilung des Rechts. Ist nun jedem nur sein Theil bestellt worden, z. B. durch Vermächtniß, so kehrt der Theil des Verlierenden an den Proprietar zurück, es tritt also keine Modification ein. Ist aber jedem der Ususfructus an der ganzen Sache bestellt, so tritt allerdings auch eine Theilung des Rechts ein; aber da doch jeder ursprünglich

zum Ganzen berechtigt war, so accrescirt der Theil des Verlierenden dem Anderen, statt zum Eigenthümer zurückzukehren. Hier also findet sich wirklich eine Modification jenes Princips.

Verlieren kann die Servitut nur der Berechtigte, also bei Realservituten der Eigenthümer des Grundstücks. Miteigenthümer nur, insofern für alle der Endigungsgrund eintritt, z. B. Verzicht, oder non usus, wegen der Untheilbarkeit der Servituten.

Die einzelnen Endigungsgründe s. §. 190 des Lehrbuchs. Folgende sind hervorzuheben:

Untergang der dienenden Sache. Nicht genügend ist theilweiser Untergang, daher nicht Zerstörung des Gebäudes, die Servitut haftet nicht an der bloßen Superficies. Bei Personalservituten genügt schon gänzliche Umgestaltung der Sache, daher Verwandlung des praedium urbanum in eine area, und umgekehrt. Baut [nun] der Proprietar [ohne den Willen des Servitutberechtigten], so kann die Restitution des Usufructus verlangt werden, wenn das Gebäude wieder untergeht, ehe noch die Servitut durch non usus untergegangen ist; [sonst aber kann er Entschädigung verlangen].

Confusion, Vereinigung des Eigenthums und der Servitut in einer Person. Bei persönlichen Servituten heißt der Rückerwerb durch den Proprietar Consolidation. Wenn der Berechtigte bloß Miteigenthümer wird, so ist die Untheilbarkeit ein Hinderniß des Verlustes. Die Servitut kann nicht entstehen, wenn der Eigenthümer des einen Grundstücks Miteigenthümer des anderen ist; aber eben darum geht sie auch nicht unter, wenn der Eigenthümer des einen nachher Miteigenthümer des Anderen wird (sie würde nur zum Theil aufhören, dies ist aber nicht möglich).

Untergang des Subjects. Bei Personalservituten ist das Subject das Individuum, sie gehen also unter durch den Tod; sind sie zugleich den Erben gegeben, so ist dieses ein neuer Usus oder Usufructus. Einen besonderen Fall finden wir in L. 14. C. de usufr.[1] Note f des Lehrb.: es ist Jemanden die Proprietät

---

1) L. 14. C. de usufr. (3. 33): Antiquitas dubitabat, si quis fundum vel aliam rem cuidam testamento reliquerit, quatenus ususfructus apud heredem maneat, si huiusmodi constat legatum. Et quidem inutile legatum esse existimabant, quia ususfructus nunquam ad suam redit proprietatem, sed semper apud heredem remanet, et forsitan hoc existimabant, quia et secundus heres et deinceps successores unius esse videntur, et non potest huiusmodi ususfructus secundum veterem distinctionem so-

legirt, so lange der Erbe den Usufructus haben würde. Also ein inutile legatum.[2] Justinian aber entscheidet: es ist ein utile legatum. Er findet die Schwierigkeit nur darin, daß der Usufructus auch auf die Erbeserben fortgehen würde. Dies soll nicht geschehen; mit dem Erben endigt der Usufructus, und der Legatar hat plenam propietatem.[3] Auf die andere Schwierigkeit: die Bedingung des fraglichen Usufructus, läßt er sich nicht ein. Er will also den Fall so behandelt wissen, wie wenn einfach die Proprietät mit Vorbehalt des Usufructus vermacht wäre, auch hier würde ja kein ewiger Vorbehalt eintreten.

Ist einem Filiusfamilias der Usufructus bestellt, so erwirbt er ihn dem Vater (wofern der Usufructus nicht zu den bona castrensia gehört). Er endigt nicht durch den Tod des Filius, dem er eigentlich bestellt war, aber auch nicht durch den Tod des Vaters, sondern fällt hier an den Filius.[4]

Non usus. Das ältere Recht bestimmte: Usus und Usufructus gehen durch Nichtausübung von 1 oder 2 Jahren unter [jenachdem die Sache eine bewegliche oder eine unbewegliche ist], Realservituten durch non usus von 2 Jahren. Bei serv. praed. urb. ist der bloße non usus nicht hinreichend, es muß libertatis usucapio hinzukommen. Justinian hat die Zeit auf 10 und 20 Jahre erhöht, ohne Unterschied von beweglichen und unbeweglichen Sachen. Aber im übrigen hat er das alte Recht festgehalten, welches denn in so weit auch in den Pandekten recipirt ist.

So ist die Sache dargestellt in den Institutionen und in einem Gesetz vom Jahre 531.[5] Zweifel hat erregt ein früheres

---

litis modis extingui. Alii autem huiusmodi legatum non esse respuendum existimaverunt. Tales altercationes decidentes sancimus, et huiusmodi legatum firmum esse, et talem usumfructum una cum herede finiri, et illo moriente vel aliis legitimis modis eum amittente exspirare. Quare enim iste ususfructus sibi tale vindicat privilegium, ut generali interemtione ususfructus ipse solum excipiatur? quod ex nulla induci rationabili sententia manifestissimum est. Et propter hoc et usumfructum finiri, et ad proprietatem suam redire, et utile esse legatum sancientes, huiusmodi paucissimis verbis totam eorum ambiguitatem delevimus.

2) (Vgl. §. 1. in fin. J. de usufr. (2, 4) mit L. 65. D. de V. S. (50, 16). A. d. H.)

3) (Nach der Meinung der Sabinianer, L. 4. D. si ususfructus (7, 6), L. 6. pr. D. de usufr. (7, 1). A. d. H.)

4) L. 17. C. de usufr. (3, 33).

5) §. 3. I. de usufr. (2, 4), L. 13. C. de serv. (3, 34).

Gesetz von 530.[6] Die Erklärung ist folgende: Justinian hatte damals die Absicht, den non usus als Endigungsart aufzuheben und statt seiner bloß eine Ersitzung der Freiheit mit den Erfordernissen der longi temporis praescriptio festzusetzen, wenigstens bei Personalservituten. Diesen Plan hat er aufgegeben und zurückgenommen, als er später das longum tempus auf den non usus der Realservituten erstreckte. Nur eines ist von jener ersten Intention zurückgeblieben: der Unterschied von praesentia und absentia.

Zwei Möglichkeiten diese Vorschrift Justinians zu verstehen sind vorhanden:

1) Praesentia und absentia werden in der gewöhnlichen Art verstanden, wo sie eigentlich Besitz voraussetzen. Hier hat die Unterscheidung für den non usus keinen Sinn. Ich bin z. B. im non usus einer Realservitut; es kann vernünftigerweise keinen Unterschied machen, ob der Eigenthümer in derselben Provinz domicilirt ist oder nicht. Hier wäre die Bestimmung eine reine Gedankenlosigkeit, die wir eben darum fallen lassen müssen.

2) Abwesenheit wird in dem gewöhnlichen Sinne verstanden, und die Bedeutung ist die: wenn die Abwesenheit des Berechtigten Schuld am non usus ist, so soll ihm erst die doppelte Zeit angerechnet werden (statt daß er sonst in integrum restitutio wegen Abwesenheit hätte).

Zwei Punkte sind noch näher zu bestimmen: non usus und libertatis usucapio.

Der Begriff des non usus ist Verlust durch Handlung (Unterlassung); daher kann ein Pupill nicht dadurch verlieren, weil er nicht fähig für solche Handlungen ist, [durch welche man etwas verliert]. Zu dem non usus selbst aber ist nach den verschiedenen Arten der Servituten Folgendes erforderlich:

1) beim Usus und Usufructus: Nichtinnehaben der Sache. Beim Usufructus ist theilweiser Verlust möglich, Reduction auf den Usus. Hat der Usufructuar die Ausübung einem Anderen überlassen und dieser Andere hat keinen Gebrauch davon gemacht, so muß so unterschieden werden: Hat der Usufructuar die Ausübung dem Anderen gegen einen Kauf- oder Miethpreis überlassen, so ist dies selbst schon eine Ausübung des Usufructus; hat er dagegen die Ausübung unentgeltlich überlassen, so übt er

---

6) L. 16. §. 1. C. de usufr. (3, 33).

nur durch diesen Repräsentanten aus; der non usus des Repräsentanten ist also non usus des Berechtigten. Ein ususfructus alternis annis datus kann nicht durch non usus erlöschen, weil es mehrere Rechte sind, jedes von dem anderen unabhängig.

2) Bei Realservituten, die zu einzelnen Handlungen berechtigen, besteht der non usus in der Nichtvornahme dieser Handlungen, und zwar müssen die Handlungen weder von dem Eigenthümer des praedium dominans, noch von einem Anderen für ihn vorgenommen sein. Es kommt nicht auf den non usus des jetzigen Eigenthümers an. Der non usus setzt voraus, daß die Ausübung vermöge der Beschaffenheit der Servitut möglich war, also wenn sie nur unter gewissen Bedingungen ausgeübt werden durfte, daß diese eingetreten waren. Darf die Ausübung nur nach gewissen Intervallen wiederkehren, z. B. einen Monat, ein Jahr um das andere, so ist die Zeit des non usus stets 20 Jahre. Abhaltung durch ein in der Sache gegründetes physisches Hinderniß z. B. Ueberschwemmung des Grundstücks, Zerstörung des dienenden Gebäudes, berechtigt zur Restitution gegen die Anrechnung dieses Zeitraums. — Die Ausnahme des iter ad sepulcrum versteht sich so. Eigentlich ist das iter ad sepulcrum keine Servitut, denn das sepulcrum ist res religiosa, steht nicht im Eigenthum, kann also keine Servitut haben; wenn es in manchen Punkten so behandelt wird, so geschieht dies doch nicht zu seinem Nachtheil; am wenigsten konnte die Endigungsart des non usus darauf angewendet werden, weil die Veranlassung zur Ausübung sehr unsicher ist.

3) Bei Realservituten, die in einer Anstalt bestehen, z. B. der servitus tigni, oneris, protegendi etc. findet der non usus nur Statt bei gänzlicher Entfernung der Anstalt. Dazu wird gewöhnlich eine Thätigkeit des dienenden Eigenthümers gehören, z. B. Vermauerung des Lochs bei der servitus tigni etc.

4) Bei negativen Realservituten gehört zum non usus Vornahme der zu untersagenden Handlung, und Bestehen dieses Zustandes ohne Hinderung des Berechtigten. Hier besteht also der non usus in einer Thätigkeit des Eigenthümers des dienenden Grundstücks.

In gewissen Fällen ist dieser non usus nicht hinreichend, es muß noch libertatis usucapio hinzukommen. Worin besteht diese? Nach v. Savigny einfach in der Thätigkeit des Eigenthümers, welche den non usus herstellt (s. ad 3 und 4).

Dies ist nicht richtig, die libertatis usucapio besteht in dem Besitz des dienenden Grundstücks als eines freien; ohne diesen Besitz hat der non usus des Berechtigten keine Wirkung. Wo ist nun die libertatis usucapio erforderlich? Entschieden bei den serv. praed. urb.[7] Der Grund ist: die serv. praed. urb. stehen in einem so nahen äußeren Verhältniß zum herrschenden Grundstück, daß sie in dem juristischen Besitz des herrschenden Grundstücks ausgeübt werden. Darum schien es gerecht, auch für ihre Aufhebung durch non usus einen Besitz des dienenden Grundstücks als eines freien zu fordern. Man hat diese usucapio libertatis häufig viel weiter ausgedehnt.

Viele Juristen haben dies noch außerdem angenommen bei den persönlichen Servituten. Diese Meinung ist nur durch das Gesetz Justinian's entstanden, welches den non usus aufhob (und statt dessen die longi temporis praescriptio substituirte), der aber nachher wieder zugelassen ist.

Zachariä endlich, in der oben angeführten Schrift, hat die Nothwendigkeit der libertatis usucapio sogar bei allen Servituten mit Ausnahme der drei Wegservituten, des aquae ductus und des aquae haustus behauptet,[8] weil nämlich in unseren Quellen nur für diese es geradezu bezeugt wird, daß der bloße non usus zur Aufhebung hinreicht. Dies kann um so weniger etwas beweisen, weil gerade diese Servituten auch sonst am häufigsten erwähnt werden, wo kein Gedanke an Ausschließlichkeit ist. Dagegen ist entschieden L. 6. D. de S. P. U.[9] Zachariä will

---

7) L. 6. D. de S. P. U. (8, 2), L. 32. §. 1. D. eod., L. 18. §. 2. D. quemadm. serv. (8, 6).

8) (Ebenso Elvers a. a. O. §. 40. Die Anwendung des non usus über die zufällig erwähnten Beispiele hinaus auf alle die Servituten, deren Ausübung in einem usus besteht, folgerte man aus dem Grundsatz quibus modis adquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus, L. 153. D. de R. J. (50, 17). Da jedoch der non usus ein unentschiedener Zustand ist, so legte man später noch einen fingirten Verzicht hinein. Paul. R. S. I, 17. §. 1. 2. „veluti remissa", auch dadurch wird die Beschränkung des non usus auf jene Beispiele ausgeschlossen. A. d. H.)

9) L. 6. D. de S. P. U. (8, 2): Haec autem iura similiter, ut rusticorum quoque praediorum, certo tempore non utendo pereunt, nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita si vicinus simul libertatem usucapiat. Veluti si aedes tuae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiatur, et ego per statutum tempus fenestras meas perfixas habuero vel obstruxero, ita demum ius meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatas habueris, alioquin si nihil novi feceris, retineo servitutem. Item si

diese Stelle dadurch beseitigen, daß er behauptet, Gaius habe nur jene vier Servituten als servitutes praediorum rusticorum gekannt. Dies ist an sich schwer zu glauben; wäre es aber auch der Fall, so würde gerade das Gegentheil daraus folgen, was Zachariä übersehen hat. Gaius würde sagen, bei allen servitutes praediorum rusticorum ist der non usus hinreichend. Daß er irrthümlich nur vier solcher Servituten angenommen hätte, wäre für den Rechtssatz selbst, den die Stelle ausspricht, indifferent.

Schutz der Servituten.

§. 191.

Die Klage aus dem Servitutenrecht heißt vindicatio servitutis, petitio iuris (ersterer Ausdruck besonders für Realservituten, der zweite für Personalservituten), oder (im Gegensatz zur Negatoria des Eigenthümers) confessoria in rem actio. Der letzte Name ist bei uns der gewöhnliche, auch wo die Klage nicht in jenem Gegensatz betrachtet wird.

Kläger ist der Servitutberechtigte, bei Realservituten der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks. Eine utilis actio ist dem Pfandgläubiger, Emphyteuta, Superficiar, Usufructuar gegeben. Der letztere hat die Confessoria auch aus seinem eigenen Recht, dem Usufructus; er hat nicht bloß die vindicatio servitutis (der Realservitut), sondern auch die petitio ususfructus, denn sein Usufructus erstreckt sich ja auch auf diesen Gebrauch des Grundstücks.[1] Auch dem bonae fidei possessor ist die Klage einzuräumen, d. h. es genügt der Beweis des Usucapionsbesitzes am herrschenden Grundstück. Dagegen ist es unrichtig, den Beweis des bloßen Besitzes für hinreichend zu halten, oder schon die Bescheinigung des Eigenthums, weil es bloße Sachlegitimation sei. Das Eigenthum ist nicht eine bloße legitimatio ad causam, sondern vielmehr selbst ein Theil des Klagegrundes.

Die Veranlassung der Klage ist totale oder partielle Ver-

---

tigni immissi aedes tuae servitutem debent, et ego exemero tignum, ita demum amitto ius meum, si tu foramen, unde exemtum est tignum, obturaveris, et per constitutum tempus ita habueris; alioquin si nihil novi feceris, integrum ius suum permanet.

1) (Die vindicatio servitutis hat er jedoch nicht gegen den Dominus, L. un. §. 4. 5. D. de remiss. (43, 25). Manche hielten sie auch gegen Dritte für überflüssig, L. 1. pr., L. 5. §. 1. D. si ususfr. pet. (7, 6). A. d. H.)

letzung der Servitut, Entziehung oder Störung der Ausübung. Beklagter ist nicht bloß der Eigenthümer der dienenden Sache. Auf den Besitz kommt nichts an, der Kläger kann im Besitz des Rechts sein und dennoch klagen, der possessor iuris kann auch petitor iuris sein (ganz anders beim Eigenthum). Der possessor iuris wird aber zweckmäßiger das interdictum retinendae possessionis gebrauchen, wodurch er 1) den Vortheil der Ausübung während des Processes erhält, 2) den Vortheil, daß der Gegner mit der Negatoria auftreten muß, demselben also der Beweis seines Eigenthums zugemuthet werden kann. Dies letzte ist indessen von dem possessorischen Rechtsmittel unabhängig; auch wenn petitorisch [d. h. mit der Confessoria] geklagt ist, ist die Beweisfrage so zu beurtheilen.

Noch ein besonderer Fall ist zu bemerken: Wenn jemand aus einer negativen Servitut [z. B. servitus altius non tollendi] klagt, ehe der Beklagte noch wirklich die Handlung vorgenommen hat, so kann dieser die Einlassung verweigern. Will er aber nachher höher bauen, so muß er mit der Klage auftreten und zwar als Kläger aus einer jener entgegenstehenden positiven Servitut [also hier mit der Confessoria aus der servitus altius tollendi], nicht mit der bloßen Negatoria, [daß Jenem die servitus altius non tollendi nicht zustehe] d. h. er muß das Recht, die Handlung auszuüben, als ein besonders erworbenes beweisen.[2]

Ueber den Gegenstand der Klage s. das Lehrbuch. Von mehreren Miteigenthümern des praedium dominans klagt jeder in solidum, nämlich auf sein Interesse. Ebenso geht auch gegen mehrere Miteigenthümer des praedium serviens die Klage in solidum.

Das Petitum ist so zu fassen: daß Klägern die Servitut zuständig, Beklagter daher aller Störungen bei ꝛc. Thlr. Strafe sich zu enthalten (auch deshalb [— wenn schon einmal eine Störung vorgekommen ist —] Caution [(de non amplius turbando)] zu bestellen) schuldig, ([bei Personalservituten] die Sache herauszugeben ꝛc.) auch alle verursachten Schäden und Kosten zu erstatten verbunden.

§. 192.

Der Kläger mit der Confessoria muß die Existenz des Servitutenrechts beweisen, also die Entstehung der Servitut mit allen

---

2) Siehe §. 184 Note t des Lehrbuchs.

Erfordernissen. Also bei der Bestellung nicht bloß den Act der Bestellung, sondern auch das Recht des Bestellers, oder Ersitzung.

Das prätorische Recht giebt eine Klage, bei welcher der Beweis erleichtert ist: die Publiciana im Fall der Tradition. Der Beweis des Klägers richtet sich hier bloß auf die Quasitradition mit der iusta causa d. h. dem Willen, die Servitut zu bestellen.

Der Gegenstand dieser Klage ist derselbe wie bei der Confessoria. Das Petitum wird so gefaßt: daß Klägern die Servitut rechtmäßig eingeräumt, daher — oder nach Art der Publiciana beim Eigenthum: daß Klägern das Recht zu 2c. iure servitutis vel quasi zuständig.

Die Publiciana hat aber insofern eine geringere Wirkung, als der Richter nicht über das Servitutrecht entscheidet und der Beklagte, wenn er verliert, noch immer die Negatoria anstellen kann, ohne daß ihm die exceptio rei iudicatae entgegensteht.

Fünftes Kapitel.

Das Pfandrecht.

Begriff und Arten der Verpfändung.

§. 193.

Eine Sache kann von Seiten ihres Verkaufswerthes, der Eigenschaft, daß sie verkauft und ein Preis dafür erhalten werden kann, unterworfen sein. Der Inhalt dieses Rechts wird also das Recht, zu verkaufen, sein. Natürlich kann ein solches Recht nicht für sich bestehen, es muß sich auf ein anderes Recht beziehen.

Es ist ein Sicherungsmittel einer Forderung, daß dem Gläubiger eine Sache angewiesen wird, durch deren Verkauf er sich nöthigenfalls befriedige. Dem Gläubiger wird der Werth, den er erhalten soll, in einer Sache angewiesen. Das Geschäft, wodurch dies geschieht, heißt Verpfändung, obligatio rei, das Recht, welches dadurch entsteht, Pfandrecht, pignus (im weiteren Sinn).

Beim Pfandrecht ist Inhalt und Form in's Auge zu fassen. Sein Inhalt ist das Recht des Verkaufs, um hier nur den wesentlichen Inhalt zu nennen; die Form hat die Bestimmung, den

Gläubiger zu dem Verkauf in Stand zu setzen und ihm die Ausübung seines Rechts zu sichern.

Seiner Form nach kann das Pfandrecht, wenn sein Gegenstand eine Sache ist, dreifacher Art sein:

1) Eigenthum. Die Verpfändung geschah durch Mancipatio oder In Jure Cessio der Sache mit der Verabredung der Remancipation im Fall der Befriedigung des Gläubigers. Diese Verabredung heißt fiducia, darum auch so die ganze Verpfändung. Der Schuldner konnte als Precarist in dem Besitz bleiben.

2) Besitz. Dies war der Fall, wenn die Verpfändung durch bloße Tradition, contractus pigneraticius, geschah. Auch hier ist prekärer Besitz des Schuldners möglich. Ferner gehört dahin das Pfandrecht an den Gütern, in deren Besitz der Gläubiger zur Sicherung eines Anspruchs von dem Prätor eingewiesen wird.

3) Ius in re. Diese Form entstand dadurch, daß der Prätor festsetzte, schon die bloße Uebereinkunft, ohne Uebergang des Eigenthums oder Besitzes, soll dem Gläubiger das Recht des Verkaufs gewähren, mit der Befugniß einer Vindication der Sache zu diesem Behuf von jedem Besitzer. Zuerst bei der Verpfändung der invecta und illata eines Pächters, actio Serviana, dann für alle andere Fälle, actio quasi Serviana. Die Verpfändung, welche durch bloßen Vertrag geschieht, heißt hypothecarische Verpfändung, das Pfandrecht hypotheca. Dieses Pfandrecht wird in manchen Fällen stillschweigend angenommen (gesetzliche Hypothek); auch durch eine richterliche Verfügung kann es entstehen. Und auch jene Verpfändung durch Besitzübertragung wurde dadurch wirksamer gemacht, und mit jener Vindication versehen. Auch die Gegenstände der Verpfändung wurden dadurch sehr vermehrt. Jene anderen Verpfändungsarten setzen Gegenstände des Eigenthums und des Besitzes voraus; durch Hypothek kann alles verpfändet werden, was verkäuflich ist.

Im justinianischen Recht ist die Fiducia verschwunden, und es sind nur zwei Arten des Pfandrechts geblieben:

1) Pfandrecht mit Besitz, pignus; der Besitz kann juristischer oder natürlicher sein, das letztere ist der Fall bei dem pignus praetorium, welches durch missio in possessionem entsteht, das erste regelmäßig bei dem contractus pigneraticius, Faustpfand.

2) Pfandrecht ohne Besitz, Hypothek. Es ist kein Unterschied zwischen pignus und hypotheca als Pfandrecht; was sie unter-

scheidet, ist etwas das Pfandrecht selbst nicht unmittelbar berührendes. Auch in Beziehung auf die Gegenstände ist insofern kein Unterschied, als beide an beweglichen und unbeweglichen Sachen stattfinden, doch ist pignus blos bei Sachen, Hypothek auch bei Rechten möglich.

So auch im heutigen Recht. Die weitere Ausbildung des Pfandrechts bezieht sich auf die materielle Sicherung des Gläubigers durch das Institut der Hypothekenbücher und ähnliche Einrichtungen. Dadurch ist aber an sich und abgesehen von weiteren particulären Aenderungen, die mit dem Institut nicht wesentlich zusammenhängen, nur die Entstehung des Pfandrechts an manchen Sachen und seine Wirkung, soweit sie damit zusammenhängt, modificirt, s. unten.

In der neuesten Zeit hat man von verschiedenen Seiten her die Eigenschaft des Pfandrechts als dingliches Recht in Frage gestellt.[1]

Die Frage kann nur für den (Haupt- und Normal-) Fall entstehen, daß der Gegenstand des Pfandrechts eine Sache ist; natürlich nicht wenn Rechte Gegenstand desselben sind, in welchem Fall der Gläubiger entweder das verpfändete Recht selbst, oder die Ausübung desselben erhält. Bei Sachen dagegen hing das durch Verpfändung entstehende Recht früher von der Art der Verpfändung ab. Das Verhältniß des Gläubigers zur Sache konnte bloße Detention, juristischer Besitz, Eigenthum, ius in re sein. Das Letztere gilt im justinianischen Recht für alle Fälle der Verpfändung einer Sache.

Der Zweifel an der Bestimmung des Pfandrechts als ius in re überall, wo sein Gegenstand eine Sache ist, hat bis jetzt keine praktische Wirkung gehabt. Man könnte sonach die Frage für unbedeutend halten. Aber jeder Irrthum ist ein gefährlicher Gast; man sieht ihm oft nicht an, wohin er führen, wie weit er sich ausdehnen, und die rechtmäßigen Bewohner des Hauses verdrängen mag.

Die Gründe, welche man für die abweichenden Ansichten vorgebracht hat, sind theils negative (gegen die Eigenschaft eines ius in re), theils positive (für die Eigenschaft einer Forderung).

Sehr naiv sagt ein Jurist, es gebe gar keine dinglichen Rechte; dann wäre freilich auch das Pfandrecht keines. Diese

---

1) Vergl. die literarischen Nachweisungen in Note d des Lehrbuchs.

Behauptung klingt um so naiver in dem Mund des Juristen, der das Pfandrecht als dingliches Forderungsrecht bestimmt, denn wenn es keine dinglichen Rechte giebt, giebt es ganz gewiß auch keine dinglichen Forderungsrechte. (Es wäre, wie wenn jemand die Behauptung, ein gewisses Kleidungsstück seien Halbstiefel, mit der Behauptung bestärken wollte, es gebe gar keine Stiefel.)

Andere haben gesagt: ius in re sei ein abgesonderter Bestandtheil des Eigenthums, dies könne man vom Pfandrecht nicht sagen. Aber das Pfandrecht hat zum Inhalt das Verkaufsrecht (daß der Eigenthümer es nicht zu diesem Zweck ausübt, ist indifferent), und dieses eben ist wirklich ein abgesondertes Element des Eigenthums. Die Richtigkeit dieser Behauptung wird dadurch bestätigt, daß das ältere Recht, um dem Gläubiger dieses Recht zu verschaffen, ihn zum Eigenthümer machte. Man hat noch eingewendet (v. Vangerow), wenn das Verkaufsrecht auch ein Bestandtheil des Eigenthums sei, so werde ja dieser Bestandtheil nicht abgetrennt, auch der Eigenthümer habe es noch. Dies ist bloß ein Mißverständniß der Abtrennung. Nach dieser Ansicht würde es auch keine Realservituten geben als iura in re. Der Eigenthümer geht ꝛc. salvo iure itineris etc., der Eigenthümer verkauft salvo iure pignoris.

Die positiven Gründe, welche man aufgestellt hat, sind zunächst der Ausdruck obligatio rei für die Verpfändung.

Diese Argumentation aus dem Wort, ohne zu fragen, ob das Wort nicht eben eine allgemeine Bedeutung hat (wie dominium ususfructus, oder bei den Glossatoren longa consuetudo = longum tempus), ist nur der untersten Stufe der wissenschaftlichen Behandlung würdig.[2] — Ferner hat man jene Ansicht dadurch begründen wollen, daß das Pfandrecht nach älterem Recht nicht durch freie Repräsentanten erworben werden könne; daraus, daß dies gerade so bei der Obligatio ist, hat man schließen wollen, auch das Pfandrecht sei eine Obligatio. Jene Ausnahme ist aber gar nichts besonderes, da ja der Erwerb durch freie Repräsentanten überall die Ausnahme war. — Man hat ferner angeführt, das Pfandrecht entstehe durch Vertrag (mit diesem Argu-

2) (Servitus und libertas bei den Servituten. Die Bezeichnung obligatio ist eine uneigentliche; im neueren Recht bezieht sie sich noch auf die Verwandtschaft mit der Bürgschaft, im älteren auf den nexus pignoris, die fiducia. A. d. H.)

ment könnte man auch beweisen, daß das Pfandrecht eine Ehe ist); — es gebe keinen Besitz des Pfandrechts ꝛc.

Mit diesen Argumenten will man uns den absurden Satz anfnöthigen: die Sache sei die Schuldnerin, also jede verpfändbare Sache eine Person! Oder den unrömischen Begriff einer dinglichen Forderung! — Es giebt keinen einzigen entschieden gültigen Rechtssatz, der unverträglich wäre mit der Eigenschaft des Pfandrechts als ius in re,[3] und dasselbe wird deutlich als ius in re bezeichnet.[4] Unter diesen Umständen ist es Leichtsinn, andere Auffassungen zu suchen. Wenn es einmal nichts Anderes mehr zu untersuchen gäbe, könnte man solche Spielereien entschuldigen.[5]

Voraussetzungen des Pfandrechts.

Forderung.

§. 194.

Das Pfandrecht setzt eine Forderung voraus, zu der es sich als Accession verhält. Ist die Forderung eine bedingte, so hängt das Pfandrecht von derselben Bedingung ab.

Die Forderung kann eine klaglose (naturalis obligatio) sein; dies beeinträchtigt nicht die Wirksamkeit des Pfandrechts, möge die Klaglosigkeit von Anfang bestanden haben oder nachher eingetreten sein.[1]

Auf einem besonderen Grunde beruht die Entscheidung der L. 2. D. quae res pign.[2] Ein Filiusfamilias hat ein Darlehen

---

3) (Dagegen Rechtssätze genug, die nicht zu einem ius ad rem passen, z. B. die in rem actio, daher denn auch die Verweisung des Pfandrechts zu den Obligationen, z. B. Arndts, Lehrbuch der Pandekten (1852) §. 364, systematisch (§. 46 Note 1) nicht zu rechtfertigen ist. A. d. H.)

4) Vergl. L. 19. pr. D. de damno inf. (39, 2): Eorum, qui bona fide absunt, in stipulatione damni infecti ius non corrumpitur, si reversis cavendi ex bono et aequo potestas datur, sive domini sint, sive aliquid in ea re ius habeant, qualis est creditor et fructuarius et superficiarius.

5) (In neuester Zeit ist man bestrebt gewesen, von den Pfandklagen aus in die Natur des Pfandrechts einzudringen. Dies ist auf die Spitze getrieben von Bachofen (s. §. 193 des Lehrb. Note d a. E.), welcher Pfandrecht und Pfandklage geradezu identificirt, wonach es eine Klage ohne Fundament geben müßte. A. d. H.)

1) Vergl. Note d des Lehrbuchs.

2) L. 2. D. quae res pign. (20, 3): Si alius pro muliere, quae intercessit, dederit hypothecam, aut pro filiofamilias, cui contra senatusconsultum creditum est, an his succurritur, quaeritur. Et in eo quidem qui

contra S. C. Macedonianum aufgenommen, ein Dritter hat für ihn seine Sache verpfändet; dieser ist gegen die actio hypothecaria mit der exceptio S. C. Macedoniani geschützt (wie als Bürge). Nicht weil jenes eine naturalis obligatio ist, sondern weil er seinen Regreß gegen den Filiusfamilias nehmen würde. Daher anders, wenn der Regreß wegfällt.

Diese Stelle hat man daher mit Unrecht für die Meinung angeführt, die Klaglosigkeit der Forderung verringere auch die Wirksamkeit des Pfandrechts; vielmehr ist das Gegentheil darin enthalten.

Die Forderung muß die des Pfandgläubigers sein (man erwirbt ein Pfandrecht nur für seine Forderung); dagegen kann man seine Sache verpfänden für eine fremde Schuld. Verpfänder und Schuldner sind gewöhnlich, aber nicht wesentlich, dieselbe Person.

Gegenstand.

§. 195.

Das Pfandrecht existirt nicht ohne einen Gegenstand, welcher fähig ist, verpfändet zu werden. Durch die hypothekarische Verpfändung ist der Kreis der Pfandobjecte sehr erweitert worden. Alles Verkäufliche ist verpfändbar. Auch wenn der Gläubiger es nicht selbst kaufen könnte.

Von den Sachen können nicht bloß einzelne, sondern auch universitates rerum Gegenstand des Pfandrechts sein. Neben den Theilen ist auch die universitas Gegenstand desselben; daher nicht bloß die Sachen, aus denen sie zur Zeit der Verpfändung besteht, sondern auch die, welche nachher hinzukommen, dem Pfandrechte unterworfen sind. Auch können künftige Sachen, res futurae (künftig entstehende, nicht bloß künftig zu erwerbende) verpfändet werden. Sofern die erzeugende Sache in bonis des Verpfänders ist, d. h. hier sofern er ein Recht an ihr hat, vermöge dessen er diese Erzeugnisse erwirbt, besteht ein Pfandrecht schon an der Hoffnung. Denn auch diese ist etwas Ver-

---

pro muliere obligavit rem suam, facilius dicetur, succurri ei, sicuti fideiussori huius mulieris eadem datur exceptio. Sed et in eo, qui pro filiofamilias rem suam obligavit, eadem dicenda erunt, quae tractantur et in fideiussore eius.

käufliches. Dieses Pfandrecht geht bei der Entstehung über in ein Pfandrecht an der Sache.

Von den Rechten können vor Allem die veräußerlichen Rechte, Emphyteusis und Superficies, verpfändet werden, entweder durch den Berechtigten (Emphyteuta oder Superficiar), oder durch den Eigenthümer, welcher ein Pfandrecht an den Gläubiger zum Behuf des eventuellen Verkaufs bestellt.

Ferner sind verpfändbar Forderungen (nomen pignori datum); dies ist Cession der Forderung für diesen Fall, s. unten. Bei Uebergabe der Schuldurkunde wird zugleich ein Faustpfand an der Urkunde bestellt. Sodann kann das Pfandrecht selbst verpfändet werden subpignus, Afterpfand.

Bei Servituten läßt sich die Verpfändung so denken, daß der Gläubiger das Recht erhält, die Servitut zu verkaufen, die dann allererst bestellt wird [und jetzt noch nicht vorhanden ist]. Im Grunde ist aber hier die Sache Gegenstand des Pfandrechtes, mit Reduktion des Verkaufsrechts auf jenen Punkt. Eine eigentliche Verpfändung der Servitut ist nicht möglich, weil weder das Recht, noch die Ausübung veräußerlich ist. Modificationen treten ein

1) beim Usufructus, welcher a) von Seiten des Usufructuars, b) von Seiten des Eigenthümers (durch Bestellung an den Gläubiger [der dann später die Ausübung desselben verkaufen kann]) verpfändet werden kann.

2) Vermöge singulärer Vorschrift bei den servitutes praediorum rusticorum. Diese können an den Gläubiger, wenn er ein vicinum praedium hat, mit dem Recht, sie an einen anderen vicinus zu verkaufen, bestellt werden. (Wahrscheinlich schreibt sich dies her von der fiducia, mancipatio, da jene Servituten res mancipi waren.)[1]

Diese Gegenstände können nicht bloß speciell, sondern auch generell verpfändet werden. Darauf bezieht sich die Eintheilung in obligatio specialis — generalis, specielle und generelle Ver-

---

1) (Die Parenthese ist im Heft vom Verf. eingeklammert und sollte vermuthlich wegfallen. In der That läßt sich an die fiducia und mancipatio hier deshalb nicht denken, weil 1) die Servitut des Verpfänders unübertragbar wäre, 2) von der Mancipation einer Servitut an den Gläubiger nicht die Rede ist. Der Satz hängt vielmehr mit dem Interdictsschutz zusammen, der bei Gebäudeservituten fehlt, bei servitutes praediorum rusticorum dagegen gewährt wird. S. den Zusatz zu §. 178 Note k des Lehrb. A. d. H.)

pfändung. Speciell ist ein Gegenstand verpfändet, wenn er bei der Verpfändung speciell bezeichnet ist, generell, insofern er unter eine Gattungs- oder Collectivbezeichnung fällt, z. B. invecta et illata, das ganze Vermögen d. h. alle Gegenstände, die darunter fallen (nicht das Vermögen als Ganzes). Die Verpfändung einer universitas rerum ist speciell und generell zugleich.

Diese Eintheilung hat zu einer anderen Veranlassung gegeben, welche man damit verwechselt hat, nämlich zu der Eintheilung des Pfandrechts in generelles und specielles. Man hat viel über die Bestimmung dieser Begriffe gestritten. Manche haben nur das Pfandrecht an einem Vermögen, Andere jedes, das nicht auf einen einzelnen Gegenstand sich beschränkt, ein generelles genannt. Die Eintheilung ist in der That sinnlos, da die Prädicate speciell und generell keine Prädicate des Pfandrechts sein können (so wenig, wie es generelles Eigenthum ist, wenn Jemand mehrere Sachen zu Eigenthum erwirbt).

II. Entstehung des Pfandrechts.

§. 196.

Das Pfandrecht ist eine Accession der Forderung, und seine Existenz ist wesentlich mit derselben verknüpft. Es kann nicht davon abgetrennt und auf eine andere, sei es desselben oder eines anderen Gläubigers, übertragen werden. Nur so weit ein Uebergang der Forderung stattfindet, geht auch das Pfandrecht mit ihr über, also auf den Universalsuccessor, ferner auf den Cessionar. Hier findet aber kein Wechsel des Subjects statt, denn das Subject des Pfandrechts ist der, welcher die Forderung geltend zu machen hat. Erwerb des Pfandrechts ist also, abgesehen von dem Eintritt in die Forderung, stets Entstehung desselben überhaupt, nicht Succession in ein bestehendes Pfandrecht (die scheinbaren Fälle eines solchen Eintritts sind Fälle des Eintritts in die Forderung).

Die Entstehung des Pfandrechtes reducirt sich auf drei Hauptarten:

1) Bestellung von Seiten dessen, dem der Gegenstand gehört, Entstehung durch Privatwillen: Testament oder Vertrag.

2) Bestellung durch den Richter, unabhängig von dem Willen des Schuldners, sogar möglicherweise gegen dessen Willen.

3) Stillschweigende Entstehung des Pfandrechts durch einen Rechtssatz, der mit einer Forderung ein Pfandrecht an einem gewissen Gegenstande verbindet, unabhängig von einem Bestellungsact, pignus tacite contrahitur (in diesem Sinne, also unterschieden von stillschweigender Bestellung), pignus tacitum, pignus legale. Nur Hypotheken sind auf diese Weise möglich, das pignus setzt eine Bestellung und einen Act, wodurch der Besitz erworben wird, voraus.

Die beiden letzten Arten des Pfandrechts pflegt man unter dem Ausdruck pignus necessarium zusammen zu fassen, während man die erste pignus voluntarium nennt.

Die römischen Grundsätze über Entstehung des Pfandrechts sind in Deutschland häufig modificirt, vornämlich in Beziehung auf unbewegliche Sachen, Modificationen, welche auf die factische Sicherheit des Pfandrechts berechnet sind. Die Sicherung des Gläubigers beruht darauf: a) daß der Verpfänder Eigenthümer und mithin zur Verpfändung berechtigt ist; b) daß der Verkaufswerth der Sache die Forderung deckt, wobei unter Anderem die Kenntniß von Lasten, die darauf influiren, dem Gläubiger von Interesse ist; c) daß nicht vorzüglichere Pfandrechte an der Sache bestehen von dem Betrag, daß der Verkaufswerth für jenen nicht hinreicht. Eine Mehrheit von Verpfändungen war nicht möglich bei der fiducia, denn es konnte nur Einer Eigenthümer der Sache werden, auch nicht bei dem Faustpfand, soweit es vom Besitz abhängig ist. Durch die Hypothek ist diese für den Gläubiger unsichtbare Mehrheit möglich geworden. Diese Möglichkeit ist der Nachtheil, den die hypothekarische Verpfändung mit sich geführt hat. Sie hat auf der einen Seite die Creditmittel erweitert, durch Erweiterung des Kreises der Objecte, auf der anderen Seite die Sicherheit des Instituts beeinträchtigt. Das römische Recht hat gegen diese Gefahr keine hinreichende Garantie aufgestellt. Es hat gewisse Pfandgläubiger privilegirt; aber auch dies gereicht auf der anderen Seite zum Nachtheil des Instituts, insofern der vorsichtigste Gläubiger nicht sicher ist, ob nicht nach ihm ein privilegirter ein Pfandrecht erwerben wird. Auch durch die gesetzlichen Hypotheken wird die Möglichkeit, die schon existirenden Hypotheken kennen zu lernen, sehr erschwert. Die Vorschrift des römischen Rechts, daß der Verpfänder die ihm bekannten Pfandrechte dem Gläubiger anzeigen soll, widrigenfalls er als Betrüger

zu behandeln ist, giebt einmal ohnedieß keine reelle Sicherung, und sodann kann der Schuldner selbst in Unkenntniß der bestehenden Hypotheken sein, die z. B. von seinem Vorgänger im Eigenthum bestellt sein können, oder stillschweigende sind. [Das einfachste Hypothekenbuch existirte im attischen Rechte: an jedem Grundstücke stand ein Pfahl mit einer Tafel, auf welcher die Verpfändungen bemerkt wurden.]

Um die factische Sicherheit zu vermehren, und die Nachtheile der hypothekarischen Verpfändung zu mindern, hat man partikularrechtlich mehrere Mittel versucht. So eine leichter erkennbare Form der Verpfändung unter Mitwirkung des Richters, bei Immobilien. Ferner hat man sich außerdem durch Aufhebung der gesetzlichen Hypothek zu helfen gesucht. Endlich durch das Institut der Hypothekenbücher, wodurch der Zweck am vollständigsten erreicht wird, freilich nicht ohne bedeutende Opfer. Dieses Institut beruht auf dem Princip der Publicität und Specialität der Hypotheken an unbeweglichen Sachen. Hierbei gelten vier Grundsätze:

1) Der ist berechtigt zur Verpfändung (seine Handlungsfähigkeit vorausgesetzt), welchen das Hypothekenbuch als Eigenthümer nennt.

2) Nur die Hypotheken gelten, welche im Hypothekenbuche verzeichnet sind. Dasselbe gilt von anderen Lasten, welche auf den Werth der Sache Einfluß haben [z. B. die Bestellung eines Ususfructus oder anderer Servituten]. Durch diesen Grundsatz sind die gesetzlichen Hypotheken beseitigt, die im späteren römischen Recht ungemessen vermehrt worden sind, ferner die Privilegien, indem schlechthin das Alter der Eintragung entscheidet.

3) Die Forderung wird möglichst auf eine bestimmte Summe gesetzt.

4) Die Hypothek muß immer einen bestimmten Gegenstand haben. Dadurch ist die generelle Verpfändung beseitigt, welche durch Unmaaß im römischen Recht zu einem Uebel geworden war.

Die beiden ersten Grundsätze entsprechen dem Princip der Publicität, die beiden letzten dem der Specialität.

Die Entstehungsgründe des Pfandrechts nach gemeinem Recht können also neben diesem Institute nur einen Anspruch auf Eintragung geben, kein Pfandrecht.

Bestellung durch Privatdisposition.

§. 197.

Das Pfandrecht kann bestellt werden durch Vertrag und letztwillige Disposition. Von dem zweiten Fall wird im Erbrecht die Rede sein. Für die Bestellung durch Vertrag ist gemeinrechtlich keine Form vorgeschrieben (daher ist sie auch stillschweigend denkbar). Durch das Pactum entsteht aber nur die Hypothek, das Faustpfand fordert den contractus pigneraticius (S. §. 320).

Die Bestellung des Pfandrechts hat zwei Voraussetzungen: 1) Berechtigung des Bestellers, 2) Dispositionsbefugniß. Nur die erste Voraussetzung bedarf hier noch einer näheren Erörterung.

Die Verpfändung einer fremden Sache giebt kein Pfandrecht. Ein Miteigenthümer kann nur seinen Theil verpfänden. Weist der Pfandgläubiger indessen nur den Usucapionsbesitz seines Verpfänders nach, so wird er in derselben Art geschützt, wie dieser mit der Publiciana; ebenso wenn der Pfandgläubiger die Sache verkauft hat, der Käufer.

Sind res futurae verpfändet, so setzt die Entstehung des Pfandrechts an ihnen voraus, nicht bloß daß sie entstehen, sondern auch daß sie mit ihrer Entstehung in das Eigenthum des Verpfänders kommen. Sind daher Früchte verpfändet, und ein Anderer ist bonae fidei possessor des Grundstücks, so entsteht das Pfandrecht nicht (wegen des Fruchterwerbes dieses letzteren). Ist zugleich das Grundstück verpfändet, so kann die actio hypothecaria auf dieses zugleich auf die Früchte gehen (wie die rei vindicatio); aber auch dies wird ausgeschlossen dadurch, daß der bonae fidei possessor die Früchte bona fide consumirt hat.[1]

Der Verpfänder muß die Sache in bonis haben zur Zeit der Verpfändung. Dieser Grundsatz erleidet gewisse Modificationen: 1) Er gilt nur von der speciellen Verpfändung, nicht von der generellen. 2) Auch die specielle Verpfändung einer fremden Sache ist möglich unter der Bedingung des Erwerbs. 3) Wenn

1) L. 1. §. 2. D. de pign. (20, 1): Cum praedium pignori daretur, nominatim ut fructus quoque pignori essent, convenit. Eos consumtos bona fide emtor utili Serviana restituere non cogetur. Pignoris etenim causam nec usucapione perimi placuit, quoniam quaestio pignoris ab intentione dominii separatur, quod in fructibus dissimile est, qui nunquam debitoris fuerunt.

die Sache zur Zeit der Verpfändung dem Verpfänder schon geschuldet war, so ist das Pfandrecht in jedem Fall wirksam. Zunächst ist nämlich die Forderung verpfändet, und dieses Pfandrecht geht mit dem Erwerb in ein Pfandrecht an der Sache über.

Der Mangel des Eigenthums bei dem Verpfänder wird gehoben durch Zustimmung des Eigenthümers (stillschweigend ist diese Zustimmung anzunehmen, wenn er die Verpfändung wissentlich an den unwissenden Gläubiger geschehen ließ, indem er sich sonst eines Dolus theilhaftig machen würde). Dieselbe Wirkung hat die nachfolgende Genehmigung.

Eine Convalescenz kann auch dadurch erfolgen, daß der Verpfänder nachher Eigenthümer wird. Der Gläubiger erhält in diesem Fall eine utilis actio hypothecaria. Sie findet Statt, wo der Gläubiger gegen den Einwand, daß der Verpfänder nicht Eigenthümer war, die replicatio doli hat. Diese Convalescenz fällt weg, wenn der Gläubiger selbst es wußte, daß sein Verpfänder Nichteigenthümer war (abgesehen von dem Fall einer Bedingung des Erwerbs). Hier wird ihm nur eine Retention einzuräumen sein, nicht eine Klage.[2] Die einzelnen Fälle der Convalescenz sind folgende:

1) Gegenüber dem Verpfänder selbst, der nachher Eigenthümer geworden.

2) Gegenüber einem dritten Besitzer, der sein Recht von demselben Nichteigenthümer herleitet (z. B. A. hat eine fremde Sache verpfändet und sie dann verkauft). Anders wenn dieser dritte Besitzer sein Recht bona fide von dem Verpfänder erworben hat, nachdem dieser schon Eigenthümer geworden war. [Hier kann der Pfandgläubiger die utilis hypothecaria actio nicht mit Erfolg gebrauchen, da er jenem Einwand nicht die replicatio doli entgegenstellen kann.]

3) Gegenüber dem Eigenthümer, der des Verpfänders Erbe geworden ist, wenn er dem Gläubiger für die Existenz des Pfandrechts haftet. Dies ist möglicher Weise nicht der Fall, z. B. der

---

2) L. 1. pr. D. de pign. (20, 1): Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est, in speciem autem alienae rei collata conventione, si non fuit ei, qui pignus dabat, debita, postea debitori dominio quaesito, difficilius creditori qui non ignoravit alienam, utilis actio dabitur, sed facilior erit possidenti retentio. (Diese Retention wird jedoch nicht durch exceptio doli, sondern durch possessorische Rechtsmittel geltend gemacht. A. d. H.)

Verpfänder garantirte nicht sein Eigenthum und darum steht dieser Fall dem unter 1) nicht gleich. Dies sagt L. 41. D. de pign. act.,[3] wo die Worte: sed si convenisset de pignore den Sinn haben: wenn der Beklagte selbst es ist, der das Pfandrecht bestellt hat.[4]

Bestellung durch den Richter.

§. 198.

Zu 3) des Lehrbuchs. Missio in possessionem heißt die richterliche Verfügung, wodurch jemanden die Besitznahme eines einzelnen Gegenstandes oder eines Güterinbegriffs gestattet wird zum Behuf der Sicherung von Rechten. In einem einzelnen Falle hat sie das Eigenthum, sonst regelmäßig nur den natürlichen Besitz des missus, zunächst ohne Verdrängung des Gegners, zur Folge. Die Sache wird in die custodia des missus gegeben. Das Pfandrecht an den Gütern entsteht erst mit dem wirklichen Gelangen in den Besitz, nicht schon durch das Decret.

Entstehung durch Rechtssatz.

§. 199. 200. 201.

S. das Lehrbuch.

IV. Endigung des Pfandrechts.

§. 202.

S. das Lehrbuch. Hier sollen folgende Endigungsarten des Pfandrechts noch näher erörtert werden:

1) Aufhebung der Forderung. Jede Aufhebung hat diese Wirkung: Zahlung, sonstige Befriedigung, Aufhebung ohne Befriedigung. Obwohl die Formel der actio Serviana nur das

3) L. 41. D. de pign. act. (13, 7): Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus rei eius esse coepisti, datur utilis actio pigneraticia creditori. Non est idem dicendum, si ego Titio, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres exstitero, hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori. Neque utique sufficit ad competendam utilem pigneraticiam actionem, eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet. Sed si convenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quo minus utilis actio moveatur (Paul.).

4) Vergl. Beilage XVIII.

neque solutum neque satisfactum erwähnt, so muß doch jede Aufhebung das Pfandrecht tilgen, weil kein Pfandrecht ohne Forderung denkbar ist. Nur wo ein besonderer Grund die Aufhebung der Forderung als ein ungerechtes Resultat erscheinen läßt, machen die römischen Juristen von jenem beschränkten Ausdruck der Formel Gebrauch, d. h. [nicht, sie stellen die Theorie auf, das Pfandrecht könne auch ohne die Forderung fortdauern, sondern] sie behandeln die Aufhebung nur als eine unvollständige, wobei naturalis obligatio und wegen dieser auch das Pfandrecht zurückbleibt. Erforderlich ist aber gänzliche Aufhebung der Forderung: 1) der Quantität nach. Auch für den geringsten Rest haftet noch das ganze Pfandrecht, eine Folge der Untheilbarkeit des Pfandrechts. Sind zwei Sachen verpfändet, so ist keine liberirt, bis die ganze Schuld getilgt ist. 2) dem Grade nach. Das Pfandrecht wird nicht aufgehoben, wenn nur der civile Theil der Forderung, die Klage, aufgehoben ist, aber eine naturalis obligatio zurückbleibt. Ist der Schuldner durch rechtskräftiges Urtheil zu mehr verurtheilt worden, als er in der That schuldig war, so ist das Pfandrecht aufgehoben, wenn der wirkliche Betrag bezahlt ist, denn gegen einen Anderen, als den Schuldner, kann der Gläubiger sich nicht auf res iudicata berufen.

2) Verzicht, remissio pignoris. In dem Verzicht auf das Pfandrecht liegt nicht nothwendig ein Erlaß der Forderung. Stillschweigend erfolgt derselbe z. B. durch Rückgabe des Hypothekeninstruments in dieser Absicht, durch Rückgabe der Sache beim Faustpfand, Einwilligung in die Veräußerung der Sache ohne Vorbehalt des Pfandrechts. Das Pfandrecht erlischt [hier,] aber erst durch die wirkliche Veräußerung [,nicht schon durch die Einwilligung des Gläubigers], (doch ist die Verpflichtung des Schuldners zur Eigenthumsübertragung hinreichend), und nur, wenn die Veräußerung so geschehen ist, wie der Gläubiger bei seinem Consens voraussetzte; z. B. der Verkauf darf um nicht weniger geschehen sein, als der Gläubiger bewilligt hat, wenn ein Interesse des Gläubigers vorhanden ist; wenn Verwendung des Preises zu seiner Befriedigung vorbehalten ist, muß diese erfolgt sein. [Wenn dies nicht geschieht, so erlischt auch das Pfandrecht nicht.] Nachheriger neuer Erwerb von Seiten des Schuldners unterwirft die Sache nicht wieder dem Pfandrecht, wenn nicht besondere Gründe, z. B. dolus des Schuldners, hin-

zutreten. Auch die stillschweigende Einwilligung in die Veräußerung hat diese Wirkung; aber nicht schon, wenn der Gläubiger um die Veräußerung weiß und sie geschehen läßt, ausgenommen a) wenn es sich um eine Veräußerung handelt, deren Gültigkeit von dem Untergange des Pfandrechts abhängt z. B. Manumission eines Sclaven, b) wenn die Gläubiger zur Geltendmachung ihres Rechts edictaliter durch das Gericht vorgeladen werden. Außer diesen beiden Fällen kann jenes Wissen und Geschehenlassen nicht als Verzicht interpretirt werden, weil ja der Gläubiger die Veräußerung nicht einmal hindern kann. Die Veräußerung einer speciell verpfändeten Sache ohne Wissen des Gläubigers wird als furtum behandelt. Hier hat das Wissen des Gläubigers von der Veräußerung die Wirkung, daß diese Beurtheilung wegfällt; aber auch hier ist kein Verzicht des Gläubigers auf das Pfandrecht anzunehmen, denn auch in diesem Fall hat er nicht das Recht der Verhinderung, sein Consens ist zur Gültigkeit der Veräußerung nicht erforderlich.

3) Einwilligung in die weitere Verpfändung. Diese hat immer die Wirkung, daß der Gläubiger dem neuen Pfandgläubiger weicht, in dessen Pfandrecht er consentirt. Ob er dadurch auch anderen Pfandgläubigern weicht und ob er gänzlich auf sein Pfandrecht verzichtet, hängt von den Umständen ab. Im Zweifel ist nur jenes Minus der Wirkung, der Verzicht auf die Priorität anzunehmen. Wohl aber ist es als Verzicht auf das Pfandrecht zu betrachten, wenn die Umstände von der Beschaffenheit sind, daß jene Beschränkung auf die Priorität sich nicht annehmen läßt, z. B. wenn der erste Pfandgläubiger in eine dritte, vierte u. s. w. Verpfändung einwilligt. (Man darf also weder sagen, daß überall ein Verzicht auf das Pfandrecht, noch daß überall ein Verzicht auf die Priorität eintrete.)

4) Usucapio libertatis. Wenn zur Ersitzung der Sache bona fides in Absicht auf das Pfandrecht hinzukommt, so wird durch die Ersitzung auch das Pfandrecht zerstört. Daher usucapirt nicht der Verpfänder, ebensowenig sein Erbe, wenn er als solcher besitzt, da dieser in die mala fides seines Erblassers succedirt. Ist der Besitzer nicht in bona fide, so kann sein Besitz nur die Wirkung der Klagverjährung haben. Jene Wirkung der usucapio libertatis hatte nie die Usucapion von einem oder zwei Jahren, und im justinianischen Recht nie die Usucapion von drei Jahren,

sondern erst eine Zeit von zehn oder mehr Jahren (bei beweglichen und unbeweglichen Sachen).

5) Untergang des Gegenstandes. Daher hebt z. B. Specification das Pfandrecht auf. Der bloß theilweise Untergang, z. B. des Gebäudes hat diese Wirkung nicht, das Pfandrecht besteht fort an den übrigen Theilen der Sache (natürlich ist es anders, wenn bloß die Superficies verpfändet war).[1] Die actio hypothecaria kann möglicherweise als utilis fortdauern, wenn ein fictus possessor vorhanden ist.

6) Confusion, Zusammentreffen des Pfandrechts und des Eigenthums in derselben Person. Es giebt Fälle, wo dieses an sich nothwendige Resultat entweder eine materielle Ungerechtigkeit ist, oder der wahren Intention der Parteien bei dem fraglichen Geschäft nicht entspricht. Dahin gehört z. B. der Fall, wenn der Gläubiger die Sache von seinem Schuldner kauft, damit ein vorgehender Pfandgläubiger abgefunden werde. Als Eigenthümer ist er gegen die nachstehenden Gläubiger nicht gesichert. Ferner: der Gläubiger erhält die ihm verpfändete Sache, ohne es zu wissen,[2] als Vergleichspräſtation u. s. w. Um eine Hülfe dagegen zu geben, könnte man einen doppelten Ausweg wählen: 1) den einer Ausnahme von der Regel: daß Niemand ein Pfandrecht an seiner eigenen Sache haben kann. So einige neuere Juristen. Dies ist unstatthaft, weil die Regel von der Art ist, daß sie keine Ausnahme haben kann; 2) den, das Geschäft, wodurch der Gläubiger Eigenthümer geworden ist, anders zu interpretiren, nicht als Eigenthumserwerb. Dies ist der Weg, den die römischen Juristen eingeschlagen haben; er ist der juristisch allein mögliche.

---

1) (Die Assecuranzsumme, zu der das verpfändete Gebäude versichert war, tritt aber nicht als Surrogat ein (Zusatz zu Note i des Lehrbuchs), da sie nur dem Verpfänder und zwar vermöge einer nicht mit verpfändeten Forderung zusteht. A. d. H.)

2) (Dies Erforderniß der Unbekanntschaft pflegt aus L. 30. §. 1. D. de exc. rei iud. (44, 2): quod tunc, cum de eodem fundo ageretur, ignorabat, ferner aus L. 9. pr. D. quib. mod. pign. (20, 6) hergeleitet zu werden. Die letztere Stelle gehört gar nicht zur Confusion, sondern fällt unter die Remission, die erstere erwähnt jenen Umstand bloß als Argument dafür, daß in dem Proceß mit dem besseren Pfandgläubiger dessen Pfandrecht nicht zur Sprache gekommen sein könne. Ein innerer Grund für jene Beschränkung ist nicht erfindlich. A. d. H.)

V. Inhalt des Pfandrechts.

A. Extensiver Inhalt oder Umfang.

Hinsichtlich des Gegenstandes.

§. 203.

Die Untheilbarkeit des Pfandrechts hat auch die Wirkung, daß eine Theilung der Forderung nicht auch das Pfandrecht theilt. Also wenn der Gläubiger mehrere Erben hinterlassen hat, so besteht für die Portion eines jeden der Erben das ganze Pfandrecht, so daß hier mehrere einander gleichstehende Pfandgläubiger sind. Ebenso haftet, wenn mehrere Erben des Schuldners da sind, für eines jeden Schuld das ganze Pfand, nicht bloß sein Theil an der Sache, so daß also, so lange noch einer der Erben im Rückstande ist, die ganze verpfändete Sache verkauft werden kann.

Der Umfang des Gegenstandes kann unter Umständen zweifelhaft sein. Dies ist namentlich der Fall:

1) bei genereller Verpfändung. An sich ist es auch hier quaestio facti, was unter dem Genus begriffen ist. Indessen giebt es doch einige Rechtsregeln.

Die Verpfändung des Vermögens begreift nicht bloß die gegenwärtig im Vermögen enthaltenen, sondern auch die künftig zu erwerbenden Güter. So lange noch andere Gegenstände vorhanden sind, an die sich der Gläubiger halten kann, sind diejenigen Sachen auszunehmen, von denen es wahrscheinlich ist, daß sie nicht verpfändet worden wären im Fall einer speciellen Aufzählung: besonders werthgeschätzte Sachen, Hausgeräthe zum täglichen Gebrauch, Kleidungsstücke &c.

Die einzelnen unter das Genus fallenden Sachen haften ebenso wie wenn sie speciell verpfändet wären, nicht bloß so lange sie unter das Collectivum fallen. Daher bei Verpfändung des Vermögens auch die wieder veräußerten Güter, ebenso die invecta et illata des Pächters &c. Ein eigenthümlicher Rechtssatz ist, daß durch eine bloß generelle Verpfändung nicht die Manumission von

Sklaven gehindert sein soll.[1] Erst von dem Augenblick der Geltendmachung des Pfandrechts an dem Sclaven ist die Manumission unmöglich. Dies ist eine lediglich auf diese Art der Veräußerung berechnete Bestimmung, daher heutzutage unanwendbar. Man darf also jenen Satz a) nicht beschränken auf das Pfandrecht des Vermiethers an den Illata des Miethmannes, von dem dort zunächst die Rede ist, denn er gilt von jeder generellen Verpfändung; b) nicht ausdehnen auf andere Sachen und ihre Veräußerung, er gilt nur von der Manumission.

Es giebt einen Fall, wo die Veräußerung eine in dem Genus begriffene Sache von dem Pfandrecht befreit. Diese Ausnahme liegt in der Natur gewisser universitates rerum. An sich sind die in der verpfändeten universitas begriffenen Sachen so vollständig und definitiv dem Pfandrecht unterworfen, wie bei einer anderen generellen Verpfändung. Aber die universitas kann von der Art sein, daß ein freier Ab- und Zugang der dazu gehörenden Dinge ihrer Natur nach wesentlich ist, so daß die Anwendung jener Regel eine Zerstörung ihres Wesens enthalten würde. Dies ist der Fall bei einem Waarenlager. Wenn sich jemand ein solches mit jener Wirkung verpfänden ließe, so würde er dadurch dessen Eigenschaft als Waarenlager vernichten, was gar nicht einmal im Interesse des Gläubigers liegen würde. Dies kann nicht als Intention vorausgesetzt werden. Daher haftet das Pfandrecht nur an den Sachen, die zur Zeit seiner Geltendmachung darin befindlich sind.

2) bei Accessionen. Jeder integrirende Bestandtheil der Sache ist natürlich dem Pfandrecht unterworfen, z. B. das Gebäude, welches auf dem verpfändeten Grundstück errichtet wird, ferner was durch Alluvion dem Grundstück zuwächst; der accrescirende Usufructus, wenn die nuda proprietas verpfändet ist.

In Beziehung auf die Früchte ist zweierlei zu unterscheiden: a) Sie können Gegenstand des Pfandrechts, also einer besonderen actio hypothecaria unterworfen sein, b) Nebengegenstand der actio hypothecaria auf die Hauptsache; das letztere ist möglich, ohne daß sie Gegenstand des Pfandrechts sind.

Das erste ist nur der Fall, wenn sie namentlich verpfändet sind, und überdies in das Eigenthum des Verpfänders oder seines

1) L. 6. 9. D. in quib. caus. pign. (20, 2).

Erben kommen, s. oben. Die Stellen, welche man für ein stillschweigendes Erstrecken des Pfandrechts auf die Früchte angeführt hat, handeln von dem zweiten Fall.[2]

Die Früchte aber können namentlich verpfändet sein, ohne daß sie speciell genannt werden, wenn sie nämlich unter das verpfändete Collectivum fallen. Wenn z. B. die invecta et illata verpfändet sind, so gilt dies auch von den Früchten derselben, d. h. auch diese sind als invecta et illata zu betrachten. Dies ist der Grund, nicht daß sie Früchte sind.

Hinsichtlich der Forderung.

§. 204.

Das Pfand haftet für die Forderung, für welche es gegeben ist; haftet es auch für Accessionen der Forderung? Allerdings haftet das Pfand nicht bloß für die Forderung ihrem ursprünglichen Betrag nach, sondern auch für die Accessionen der Forderung, aber es haftet nicht für accessorische Forderungen. Das Princip ist: das Pfand haftet für alles, was mit der persönlichen Klage aus der Forderung geltend gemacht werden kann, so für das Interesse, für die Proceßkosten, welche mit der Hauptklage gefordert werden können. Unter derselben Voraussetzung haftet das Pfand auch für die Zinsen. In Beziehung auf diese letzteren hat man einen Widerspruch zwischen zwei Stellen finden wollen.[1] Es ist aber in diesen Stellen von zwei ganz verschiedenen Fällen die Rede. Es giebt Zinsen, welche Accessionen der Hauptschuld sind (so namentlich die Verzugszinsen); auf diese erstreckt sich das Pfandrecht stillschweigend und von ihnen spricht die erste Stelle. Es giebt aber auch Zinsen, welche eine besondere accessorische Forderung bilden und für welche eine besondere Klage stattfindet; bei diesen erstreckt sich das Pfandrecht nicht stillschweigend auf die Zinsen, sondern muß namentlich auch für die Zinsforderung gegeben sein. Solche Zinsen meint die zweite Stelle.

---

2) L. 26. §. 2. D. de pign. (20, 1), L. 1. C. de partu pign. (8, 25), L. 18. §. 2. D. de pign. act. (13, 7), L. 16. §. 4. D. de pign. (20, 1).

1) L. 8. §. 5. D. de pign. act. (13, 7): Cum pignus ex pactione venire potest, non solum ob sortem non solutam venire poterit, sed ob cetera quoque, veluti usuras et quae in id impensa sunt. L. 13. §. 6. D. de pignor. (20, 1): Propter usuras quoque si obligata sit hypotheca, usurae solvi debent. Idem et in poena dicemus.

Hinsichtlich der Verwendungen, die auf das Pfand gemacht werden, streitet man, ob dasselbe auch für impensae utiles hafte. Eine Ausnahme kann nicht nachgewiesen werden. Ueberdies kommt noch der positive Grund hinzu, der Verkaufswerth des Pfandes ist dadurch erhöht worden; im Fall des Verkaufs würde also der Gläubiger das Plus des Werthes in Anspruch nehmen können, wenn sie ihm nicht vom Schuldner ersetzt würden.

Der Gläubiger kann eine Retention des Pfandes haben, ohne ein Pfandrecht behaupten zu können (also ohne das Recht des Verkaufs). Dieses Retentionsrecht würde er nach allgemeinen Grundsätzen namentlich wegen der Verwendungen haben, aber auf diese ist sogar das Pfandrecht selbst erstreckt worden. Dagegen ist dem Gläubiger auf der anderen Seite ein Retentionsrecht eingeräumt worden unter Umständen, wo es sonst nicht Statt findet.

Gegen den auf Herausgabe des Pfandes klagenden Verpfänder hat der Gläubiger die exceptio doli, wenn er noch andere, [auch nicht connexe] Forderungen gegen den Verpfänder hat, für die ihm dieses Pfandrecht nicht bestellt ist. Er kann also das Pfand retiniren, bis er auch wegen dieser anderen Forderungen befriedigt ist. Diese exceptio doli hat aber der Gläubiger natürlich nicht gegen den Verpfänder, der nicht Schuldner ist, auch nicht gegen andere Pfandgläubiger. Gewöhnlich wird dieses Retentionsrecht als ein Vorrecht des Faustpfandgläubigers betrachtet; mit Unrecht. Es setzt nur voraus, daß der Gläubiger das Pfand inne hat; ob er durch den Pfandcontract dazu gekommen ist, oder durch actio hypothecaria, ist ganz gleichgültig. So ist auch das Gesetz: si in possessione fueris constitutus — zu verstehen.[2]

Eine Controverse findet über die Frage statt: ob dies Retentionsrecht im Concurs stattfinde, vorausgesetzt, daß der Gläubiger schon vor dessen Ausbruch in den Besitz gekommen ist? Die meisten Processualisten verneinen diese Frage, Einige bejahen sie schlechthin, Andere endlich wollen unterscheiden: der Gläubiger habe das Retentionsrecht gegenüber der Concursmasse, nur mit Ausnahme der Pfandgläubiger, also es sei in wie außer dem

---

2) L. un. C. etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri posse (8, 27).

Concurs. Die erste Ansicht ist die richtige. Bei der Eröffnung des Concurses sind alle sich anschließenden Gläubiger als missi (in possessionem) zu betrachten, also kann der besitzende Gläubiger gegen keinen das Retentionsrecht ausüben, da er es nur gegen den Schuldner, nicht gegen andere dingliche Berechtigte hat; dinglich berechtigt sind aber alle Gläubiger, insofern sie missi sind. Was also vor dem Concurs von dem Pfandgläubiger, das gilt nach der Concurseröffnung von allen Gläubigern, [also fällt das Retentionsrecht dann weg].

B. Intensiver Inhalt.

Recht des Verkaufs.

§. 205.

Kein Pfandrecht besteht ohne das Verkaufsrecht; die Uebereinkunft, daß der Gläubiger nicht solle verkaufen dürfen, das pactum de non distrahendo, hat nur die Wirkung der Nothwendigkeit einer dreimaligen Aufforderung des Schuldners, nach deren Fruchtlosigkeit das Pfand verkauft werden kann.

Der Verkauf tritt ein, wenn der Schuldner in mora solvendi ist, also ist regelmäßig Interpellation nöthig. Doch kann deren Nothwendigkeit durch ein pactum beseitigt werden, wodurch dem Gläubiger das Recht des Verkaufs mit dem Verstreichen der Zahlungszeit eingeräumt wird.[1] — Manche Juristen behaupten, zum Verkaufe sei auch noch Liquidität der Forderung nöthig, d. h. die Forderung müsse unbestritten oder bewiesen sein. Es ist so zu entscheiden: der gerichtliche Verkauf wird durch Bestreitung der Forderung, also des Pfandrechts gehemmt, nicht an sich der Privatverkauf; aber dieser ist nichtig, wenn die Forderung nicht existirt. Ferner kann er nichtig sein als Verkauf einer res litigiosa,

1) (Dies allein schon beweist, daß mora debitoris nicht erforderlich ist, denn sonst müßte auch nach dem Verfalltage noch gemahnt werden. Wie käme auch sonst im Fall der Abwesenheit des Schuldners oder bei klaglosen Obligationen der Gläubiger zu seiner Befriedigung, und wozu noch die Fristen? Natürlich bleibt der Gläubiger für doloses Verfahren verantwortlich. — Eine andere Streitfrage ist: ob mora creditoris den Verkauf hindere? Das Princip ist allerdings: qui paratus est solvere, pignus videtur liberasse, L. 6. §. 1. D. quib. mod. pign. (20, 6), L. 5. C. de distr. pign. (8, 28). Die fortdauernde Bereitwilligkeit muß aber durch Deposition erwiesen werden, L. 8. C. eod., L. 2. C. debitor. vend. (8, 29). A. d. H.)

wenn der Verpfänder vor dem Verkauf vindicirt hat. Soll der Verkauf erst durch die hypothecaria actio vorbereitet werden, also wenn der Gläubiger nicht schon im Besitz ist, so wird die Bestreitung der Forderung ihn stets hindern.

Nach römischem Recht ist der Privatverkauf die Regel, der gerichtliche nur bei dem pignus in causa iudicati captum vorgeschrieben. Heutzutage ist es umgekehrt. Der gerichtliche Verkauf tritt überall ein, wo der Gläubiger durch den Richter in den Besitz kommt. Bei dem Privatverkaufe gelten folgende Vorschriften: 1) der Schuldner muß von dem Verkaufe benachrichtigt werden; 2) der Gläubiger kann nicht selbst kaufen, auch nicht durch eine persona supposita; 3) es ist bona fide zu verfahren. Zu unterscheiden ist die Entscheidung, ob verkauft werden soll, und das Verfahren bei dem Verkaufe selbst. Jenes ist das Recht des Gläubigers, dieses dagegen muß wie das eines Procurators zum möglichsten Vortheil des Schuldners eingerichtet sein.

Die Gültigkeit und Wirksamkeit des Verkaufs setzt endlich voraus, daß der Gläubiger der prior creditor ist. Neuere Juristen haben behauptet, auch der nachfolgende Gläubiger könne veräußern, wenn er nur jenem die erste Stelle bei der Befriedigung aus dem Kaufpreise lasse.[2] Dies ist unrichtig. Man hat sich darauf berufen, daß das Recht des Verkaufes wesentlicher Inhalt des Pfandrechts sei, also auch dem nachstehenden Gläubiger zustehen müsse. Aber dieses Recht des nachfolgenden Pfandgläubigers ist eben ein in seiner vollen Wirkung noch suspendirtes Pfandrecht; er hat dieses Recht, nur kann er es jetzt noch nicht realisiren. Nicht weniger ungehörig ist die Berufung auf den ganz falschen Spruch: quod tibi non nocet et alteri prodest, ad id potes compelli. Eine Ausnahme findet nur Statt bei dem pignus in causa iudicati captum. Hier kann der vorhergehende Gläubiger den Verkauf nicht hindern, wenn er nur befriedigt wird. Dies hängt mit der besonderen Veranlassung des pignus i. c. i. captum als eines Executionsmittels zusammen. In anderen Fällen ist nur das ius offerendi das Mittel für den nachfolgenden Pfandgläubiger, sich das Verkaufsrecht zu verschaffen.

Die Wirkungen des Verkaufs sind folgende:

1) Aufhebung des Pfandrechts, nicht bloß des Pfandrechts

2) Vergl. Note g des Lehrbuchs.

des Verkäufers, sondern jedes anderen, das bisher an der Sache stattfand.

2) Gegenüber dem Käufer ist der Gläubiger als Procurator des Schuldners zu betrachten. Also überträgt er an den Käufer das Eigenthum oder das Recht, welches der Schuldner übertragen hätte. Der Schuldner hat kein Einlösungsrecht, auch nicht, wenn der Gläubiger Käufer ist (was beim gerichtlichen Verkauf möglich ist). Wird der Kauf rückgängig, so fällt das Eigenthum wieder an den Verpfänder. — Der Gläubiger haftet dafür, daß er als Pfandgläubiger zum Verkaufe berechtigt ist; die Klage auf Evictionsleistung geht gegen ihn, wenn ein besserer Pfandgläubiger evincirt. Wegen Eviction durch den Eigenthümer dagegen geht der Evictionsanspruch regelmäßig gegen den Verpfänder. Gegen den Gläubiger a) wegen dolus (Wissen um das Nichteigenthum des Verpfänders), b) wenn der Gläubiger die Evictionsleistung für seine Person versprochen hat. Die römischen Juristen nennen dies: iure communi promittere im Gegensatz zu dem Fall, wo sich der Gläubiger bloß als Pfandgläubiger gerirt (creditoris iure vendere).

3) Befriedigung des Gläubigers aus dem Kaufpreise. Zuerst werden die Zinsen, dann das Capital abgetragen; natürlich soweit das Pfand für die Schuld haftet. Der Ueberschuß des Preises fällt an den nachstehenden Gläubiger oder, wenn ein solcher nicht vorhanden ist, an den Verpfänder. Beträgt der Preis weniger, so bleibt der Ueberschuß der Forderung bestehen. Der Schuldner wird nicht schon durch den Verkauf befreit, sondern erst wenn der Gläubiger wegen des Preises befriedigt wird (was z. B. auch durch Novation geschehen kann), oder dies lediglich von ihm abhängt, z. B. bei Ertheilung einer Frist oder Erlaß der Schuld. Muß der Gläubiger Eviction leisten, so erfolgt keine Befreiung, und wenn er noch weiter in Nachtheil gekommen ist (vorausgesetzt, daß er bona fide und zum Vortheil des Verpfänders gehandelt hat) [z. B. wenn er lästige Verbindlichkeiten auf sich genommen hat, um einen möglichst hohen Preis herauszubekommen], hat er einen Regreß gegen den Verpfänder.

Recht des Zuschlags.

§. 206.

Wenn sich kein Käufer für die Sache findet, so kann der Gläubiger den Zuschlag derselben zum Eigenthum verlangen

(s. das Lehrbuch). Beim Zuschlag (impetratio dominii) wird das Verhältniß erst nach zwei Jahren vom Zuschlag an definitiv entschieden. Löst der Schuldner während dieser Zeit (biennium luitionis) die Sache ein, so ist es, wie wenn der Gläubiger nie Eigenthümer gewesen wäre. Auch der Gläubiger kann das beneficium fallen lassen, z. B. durch Zinsenannahme, durch Verkauf innerhalb der zwei Jahre, der dann die gewöhnliche Wirkung hat (sowohl zu Gunsten des Schuldners wenn mehr, als auch des Gläubigers, wenn weniger gelöst wird). Manche haben geglaubt, auch noch beim Verkauf nach zwei Jahren trete der Rückfall in das alte Verhältniß ein. Dies ist falsch. Die dafür angeführte Stelle spricht nur vom Verkauf während der zwei Jahre. Begreiflich muß irgend einmal die Unentschiedenheit des Verhältnisses aufhören.

Einfluß gewillkührter Bestimmungen auf den Inhalt des Pfandrechts.

§. 207.

S. das Lehrbuch.[1]

Zu Note e des Lehrbuchs. Mühlenbruch bestreitet die Zulässigkeit der Verabredung, daß der Gläubiger die Sache um einen zu bestimmenden Preis haben solle, 1) weil die Pandektenstellen, in denen jene Verabredung als gültig erwähnt wird,[2] aus einer Zeit herrührten, wo die lex commissoria noch erlaubt gewesen sei. Dabei ist übersehen, daß diese Pandektenstellen für uns nicht bloß eine historische Bedeutung, sondern als Bestandtheile des justinianischen Rechts jedenfalls den Sinn haben, daß dieser Vertrag nicht unter das Verbot fällt; 2) wegen der Gefahr, die diese Verabredung für den Schuldner haben könne, ähnlich wie die lex commissoria. Wäre dies gegründet, so würde es ein Motiv für einen Gesetzgeber, nicht für einen Richter sein.

---

1) (Zu Note c des Lehrbuchs: Man hat neuerdings behauptet, durch Nov. 112. c. 1. sei dem Schuldner die gefährliche Erlaubniß gegeben, die verpfändete Sache sogar schon während des Rechtsstreits über die hypothecaria zu veräußern: Zimmermann, Archiv für civ. Praxis Bd. XXXV (1852) S. 444. Dies heißt aber nur, daß die Veräußerung nicht wegen der Litigiosität nichtig und strafbar ist; dagegen ist die actio furti wegen doloser Veräußerung nicht ausgeschlossen, und auch die actio hypothecaria erlischt erst durch Befriedigung des Gläubigers. A. d. H.)

2) L. 16. §. ult. D. de pign. (20,1), L. 81. pr. D. de contr. emt. (18,1).

Inhalt des Pfandrechts bei verpfändeten Rechten.

§. 208.

Einige Rechte, die Gegenstand des Pfandrechts sein können, gewähren dem Pfandgläubiger noch ein anderes Mittel, zu seiner Befriedigung zu gelangen, außer dem Verkauf, nämlich die Ausübung dieser Rechte, welche unmittelbar oder mittelbar denselben Erfolg für ihn hat. Dies ist der Fall bei dem pignus nominis und dem subpignus.

Von dem pignus nominis.

Der Pfandgläubiger erhält das Recht, die verpfändete Forderung geltend zu machen. Wenn die Zeit der Ausübung seines Pfandrechts gekommen ist, so kann er sie 1) verkaufen, oder 2) selbst gegen den Schuldner seines Schuldners klagen, um sich aus der Leistung desselben an ihn bezahlt zu machen; seine Klage gegen den debitor debitoris ist nicht eine besondere, sondern die Klage aus dem nomen, wie sie der Verpfänder hätte. Dies letztere setzt voraus:

a) daß die Zeit der Ausübung des Pfandrechts gekommen ist,

b) daß die verpfändete Schuld selbst ebenfalls fällig ist,

c) beträgt die Forderung mehr als die seinige, so klagt er nicht mehr ein, als diese beträgt, des Zweckes der Uebertragung wegen,

d) ist ihr Gegenstand eine andere Sache als Geld, so wird diese Pfand, und er kann sich durch Verkauf derselben bezahlt machen. Unrichtig ist es, wenn manche Juristen[1] dies bloß als Retentionsrecht darstellen.

Die Verpfändung des nomen setzt also eine Uebertragung des nomen auf den Gläubiger voraus. Denn ein besonderes Recht an dem nomen (wie bei der verpfändeten Sache das ius in re) giebt es nicht. Zwei Formen der Uebertragung giebt es: Delegation und Cession. In einer dieser Formen also muß die Verpfändung des nomen bestehen. Regelmäßig wird das letzte der Fall sein, namentlich ist es überall anzunehmen, wo die Ver-

1) So Mühlenbruch, Cession der Forderungsrechte S. 346. (3. Aufl.)

pfändung ohne Zuziehung des Schuldners des nomen, ohne Geschäft mit ihm, geschehen ist. Die Verpfändung des nomen ist also nichts anderes als eine Cession der Forderung für den Fall, daß die Rechte des Pfandgläubigers in Wirksamkeit treten. Der Pfandgläubiger hat die Rechte eines Cessionars, nur hängt ihre Ausübung zugleich von den Grundsätzen über Ausübung des Pfandrechts ab.

Manche Juristen suchen dies noch immer zu bestreiten, ohne einzusehen, daß es gar keine andere juristisch mögliche Ansicht giebt. Im Grunde wird der Streit nur darum geführt, ob gewisse Rechtssätze, die sonst von der Cession gelten, auch auf diesen Fall anwendbar sind. Das Princip ist: es gelten alle Grundsätze von der Cession auch für diesen besonderen Fall, die nicht durch den besonderen Zweck dieser Cession modificirt werden. Diese Modificationen könnten sehr erheblich sein; dessenungeachtet dürfte man darum nicht die Auffassung des Geschäfts als bedingte Cession zurückweisen, die in der That eine Nothwendigkeit ist. (Eine solche falsche und begrifflose Auffassung ist auch in der neuesten Schrift über diesen Gegenstand enthalten: Herm. Buchka, de pign. nom. 1843.)

Von dem subpignus.

Es ist eine doppelte Auffassung möglich:

1) als Verpfändung der verpfändeten Sache. Dafür könnte man die Ausdrücke des geschriebenen Rechts anführen: id quod pignori obligatum est, pignori obstringi posse — pignori rem pignoratam accipi posse;

2) als Verpfändung der actio hypothecaria, also bedingte Cession derselben. Damit steht näher betrachtet jener Ausdruck nicht in Widerspruch: die Sache ist verpfändet, aber nur insofern sie dem Verpfänder verpfändet ist, also ihre Qualität als Pfand, also das Pfandrecht, d. h. die Geltendmachung desselben, die actio hypothecaria ist übertragen.

Dies ist die allein juristisch mögliche Auffassung, denn in dem Pfandrecht liegt nicht die Befugniß, die Sache weiter zu verpfänden. Dies würde mit dem Inhalt des Pfandrechts, der auf Befriedigung gerichtet ist, nicht zusammenstimmen.

Die Afterverpfändung ist also Cession der Geltendmachung des Pfandrechts. Die Ausübung des Pfandrechts durch den

Afterpfandgläubiger setzt daher voraus: a) daß die Zeit zur Geltendmachung des subpignus gekommen ist, b) aber auch die Zeit zur Geltendmachung des verpfändeten Pfandrechts, so daß der erste Pfandgläubiger im Stande wäre, es auszuüben. [Der Afterpfandgläubiger kann das ihm verpfändete Pfandrecht nicht geltend machen, wenn nicht auch der erste Pfandgläubiger dazu im Stande wäre; folglich muß der erste Schuldner in mora solvendi sein und eben so der Pfandgläubiger als Schuldner des Afterpfandgläubigers.]

In dem Pfandrecht wird auch die Forderung geltend gemacht, aber auch nur soweit ist sie als mitverpfändet zu betrachten, als sie mit der actio hypothecaria geltend gemacht wird, wenn nicht namentlich das Pfandrecht auf sie mit erstreckt ist. Hieraus ergiebt sich die Interpretation der L. 13. §. 2. D. de pign.[2] — die man eigentlich nur aus einer vorgefaßten Vorstellung für schwierig halten kann —: bei dem Afterpfand haftet das Pfand dem zweiten Gläubiger, so weit seine Forderung geht, doch nie weiter als die Forderung des ersten Gläubigers (quatenus utraque pecunia debetur). Der zweite Gläubiger hat gegen den Eigenthümer des Pfandes eine exceptio und actio utilis (hypothecaria), wie sein Cedent, der erste Gläubiger. Wenn der Eigenthümer dem zweiten Gläubiger zahlt, so erlischt das Pfandrecht, für den ersten wie für den zweiten. (Wenn die Forderung für sich verpfändet ist, so geht das Recht des Pfandgläubigers nur auf den Betrag seiner Forderung, wenn dieser geringer ist. Dies ist anders bei der Verpfändung der actio hypothecaria, wobei keine Theilung möglich ist. Der Besitzer kann dem Kläger seine Forderung offeriren, aber er kann auch das Ganze zahlen, um sein Pfand zu befreien.) Was hat nun der erste Gläubiger zu thun, hat er eine Klage

---

2) L. 13. §. 2. D. de pign. (20, 1): Cum pignori rem pignoratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur, et tam exceptio quam actio utilis ei danda est. Quodsi dominus solverit pecuniam, pignus quoque perimitur. Sed potest dubitari, numquid creditori nummorum solutorum nomine utilis actio danda sit an non. Quid enim, si res soluta fuerit? Et verum est quod Pomponius libro septimo ad edictum scribit, si quidem pecuniam debet is, cuius nomen (Huschke in Linde's Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. XX (1844) S. 227 fg.: nomine. A. d. H.) pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum, (Hal. Vulg. exactam a creditore se compensaturum; Huschke a. a. O. exactam eam a creditore creditorem secundum secum pensaturum A. d. H.) si vero corpus is debuerit et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem.

wegen des von dem zweiten Eingenommenen? Der Jurist entscheidet so: es ist wie wenn die Forderung verpfändet, und dem zweiten Gläubiger gezahlt worden wäre. Ist es Geld, so hat er den Ueberschuß an den ersten herauszugeben, ist es eine andere Sache, so hat er ein Pfandrecht daran, der erste kann sie also lösen, wie wenn er diese Sache zum Pfand gegeben hätte.

Priorität.

§. 209.

S. das Lehrbuch.

Alter des Pfandrechts.

§. 210.

Die drei Punkte, von denen die Entstehung und somit das Alter des Pfandrechts abhängt, s. im Lehrbuch.

Das Alter hängt vor Allem von der Existenz der Forderung ab, nicht dagegen von der Fälligkeit derselben, das diem venire hat keinen Einfluß, z. B. bei der Verpfändung für den Pachtzins entsteht das Pfandrecht vor dem Zahlungstermine, ja vor dem Antritt der Pachtung, wenn nur der Vertrag geschlossen ist, so daß der Eintritt der Verbindlichkeit nicht mehr von dem Willen des Pächters abhängt. Dagegen schiebt eine Suspensivbedingung allerdings die Entstehung [der Forderung] hinaus; dies hat aber wegen Retrotraction der Bedingung keinen Einfluß auf das Alter des Pfandrechts. Ausgenommen ist eine Bedingung, die rein auf den Willen des Schuldners gestellt ist. Hier ist er vorher nicht einmal bedingt verpflichtet, die Intention der Parteien ist gegen die Retrotraction, z. B. dem Depositar wird freigestellt, das Geld zu gebrauchen, für diesen Fall, wo die Forderung in eine Darlehensforderung übergeht, wird ein Pfandrecht bestellt. [Dieses datirt nie früher als von dem Augenblick, wo der bisherige Depositar durch die Benutzung des Geldes sich zum Darlehensschuldner macht.] — Der Zeitpunkt der Entstehung der Forderung bestimmt sich nach der Natur der Forderung, z. B. ist ein Unterschied, ob ein Real- oder ein Consensualcontract vorliegt. Ferner ist ein Unterschied in der Entstehung der Darlehens- und der Dotalforderung. Vergl. die Stellen in Note b d. Lehrbuchs.[1] Gewöhnlich zieht

1) L. 11. pr. §. 1. D. qui pot. in pign. (20, 4). — L. 1. pr. D. h. t. (20, 1).

man die Frage in's Wage, indem man darauf sieht, ob eine Verbindlichkeit zur Eingehung der Obligatio von einer oder beiden Seiten vorhanden ist, oder nicht. Hiernach würde bei einem pactum de mutuo dando, wenn schon jetzt das Pfandrecht bestellt würde für das künftige mutuum, dieses schon von jetzt an datiren. Dies ist falsch, weil dabei die entscheidende Frage, für welche Schuld das Pfand gegeben ist, ganz hintangesetzt ist. Ist das Pfand nicht für die Verbindlichkeit aus jenem pactum, sondern für die Darlehensforderung gegeben, so kann es schlechterdings nicht eher beginnen, als diese. Das Gegentheil wäre eine reine Verkehrtheit.[2]

Das Pfandrecht kann nicht älter sein, als sein Gegenstand. Eine Modification tritt ein bei der Verpfändung von res futurae, weil schon an der Hoffnung ein Pfandrecht [angenommen wird; dieses geht hernach über in ein Pfandrecht an den res ipsae, und dieses wird zurückdatirt auf die Zeit der Verpfändung, z. B. ich habe ein Pfandrecht an den Früchten, ein Anderer an dem ganzen Vermögen meines Schuldners; dieses erstreckt sich natürlich auch auf die Früchte, aber entsteht für diese erst mit der Separation derselben, und daher ist mein später bestelltes Pfandrecht doch älter als jenes, weil die Verpfändung früher datirt, als die Entstehung der Früchte]. Ganz anders bei der Verpfändung künftig zu erwerbender Gegenstände, mag es eine specielle sein unter der Bedingung des Erwerbes, oder eine generelle. Auch die Bedingung kann nicht retrotrahirt werden auf eine Zeit, wo der Verpfänder noch nicht Eigenthümer war. Noch weniger kann dies bei der Verpfändung des Vermögens angenommen werden. Wenn also Mehreren zu verschiedenen Zeiten künftig zu erwerbende Sachen verpfändet sind, so ist ihr Pfandrecht gleichzeitig. Dies folgt unter anderem auch aus der Voraussetzung bei dem Pfandrecht an

2) (Der Verf. irrt, wenn er die Frage: für welche Schuld das Pfand bestellt ist, für die entscheidende hält. In L. 1. pr. D. h. t. (20, 1) (Note b des Lehrb.) war das Pfand für die restitutio dotis receptitiae, also eine Schuld des Mannes bestellt; demnach legt der Jurist das ganze Gewicht auf den Eintritt der gegenüberstehenden Verpflichtung des Promittenten. Dagegen kann auch nicht eingewendet werden, daß beide Obligationen als eine gleichzeitige stipulatio und repromissio im Dotalvertrage gedacht und insofern doch die Verpflichtung des Mannes als die entscheidende angesehen werde. Denn dieser würde ungeachtet des Versprechens erst durch wirklichen Empfang zur Rückgabe verpflichtet, L. 30. D. de R. C. (12, 1), L. 1. C. de dote cauta (5, 15). Da nun im heutigem Recht das pactum de mutuo dando der promissio gleichsteht, so muß man offenbar auch das für die Rückzahlung des Darlehens bestellte Pfandrecht von dem Vertrag, nicht von dem Empfang des Geldes datiren. A. d. H.)

res futurae, daß die erzeugende Sache schon bei der Bestellung in bonis des Verpfänders war; dies ist die Bedingung des früheren Alters dieses Pfandrechts; würde dasselbe gelten von jeder künftig erworbenen Sache, so wäre dieselbe ohne Sinn. Es geht aber auch aus den Entscheidungen im geschriebenen Recht hervor.[3]

Man hat eine andere Stelle[4] für widersprechend gehalten. Dies wäre allerdings der Fall, wenn der Jurist sagte: der frühere Gläubiger geht in allen nachher bis jetzt, auch nach dem Eintritt des zweiten Gläubigers, erworbenen Sachen vor. Die Stelle ist jedoch keineswegs so zu verstehen.[5]

Wird der Gegenstand erst gegeben durch ein ihn betreffendes Ereigniß, namentlich bei genereller Verpfändung durch das, wodurch er unter das Genus fällt, z. B. Illation, so besteht auch das Pfandrecht nicht früher, als dieses Ereigniß eintritt.

Das Pfandrecht kann nie älter sein als Forderung und Gegenstand, aber diese können älter sein als jenes. Das Alter wird nämlich auch noch außerdem durch den Entstehungsgrund bestimmt. Entsteht freilich das Pfandrecht ipso iure, so existirt es sofort mit der Forderung, die Existenz des Gegenstandes vorausgesetzt. Entsteht es erst durch einen Act der Bestellung, so kann es erst von diesem Act an datiren, s. das Lehrbuch.

Zu Note i des Lehrbuchs: Convalescenz der Verpfändung fremder Sachen. Es ist zu unterscheiden:

1) Convalescenz durch Ratihabition des Eigenthümers. Die Retrotraction setzt voraus, daß der Eigenthümer selbst ein früheres Pfandrecht geben konnte. Seine Ratihabition kann nicht die zu ihrer Zeit schon existirenden Pfandrechte beeinträchtigen.

2) Convalescenz durch Erwerb von Seiten des Verpfänders, a) einer res debita; die Sache wurde dem Verpfänder schon damals geschuldet, [so wird auch hier die Convalescenz retrotrahirt], s. oben; oder b) einer res aliena, non debita. In diesem Falle beginnt das Pfandrecht erst mit dem Erwerb. Wenn indessen Mehrere von demselben Nichteigenthümer ein Pfandrecht erworben haben, so hat der frühere Erwerber gegen den späteren die actio Publiciana, obgleich sie als Pfandgläubiger eigentlich gleichzeitig sind.

---

3) L. 28. D. de iure fisci (49, 14).

4) L. 21. pr. D. de pign. (20, 1).

5) Vergl. die Erklärung dieser, sowie der anderen hierher gehörigen Stellen in Beilage XIX.

B. Singulärer Vorzug gewisser Pfandrechte.

§. 211.

S. das Lehrbuch. [Die Regel prior tempore, potior iure hat eine Ausnahme erlitten durch die privilegirten Pfandrechte, die auch den älteren einfachen Pfandrechten vorgehen. Nicht genug zu warnen ist vor einer Verwechselung dieser privilegirten mit den gesetzlichen Pfandrechten].

C. Vorzug des Pignus Publicum.

§. 212.

Schon im römischen Recht ist der erste Versuch gemacht, die Nachtheile der formlosen Entstehung der Hypotheken zu vermindern. Zunächst bot sich die Erwägung dar, daß hier eine viel bedeutendere Wirkung als die eines obligatorischen Vertrags vorliegt. Dieser hat nur seine Wirkung gegen den Paciscenten und seine Erben, das pactum hypothecae eine weit darüber hinausgehende.

Dadurch wäre die Vorschrift hinlänglich begründet gewesen, daß das pactum hypothecae mit einer gewissen Publicität abgeschlossen sein müsse (gerichtlich oder vor Zeugen), wenn es überall wirksam sein solle. So weit ging man indessen nicht. Man begnügte sich, dem in jener öffentlichen Form bestellten Pfandrecht eine Priorität vor dem ohne sie bestellten einzuräumen. Dies ist der Inhalt des Leonischen Gesetzes.[1] Ein solches Pignus heißt pignus publicum [wenn es vor Gericht], quasi publicum, [wenn es vor drei Zeugen bestellt ist], [gegenüber dem pignus privatum.

1) L. 11. C. qui pot. (8, 18): Scripturas quae saepe assolent a quibusdam secrete fieri, intervenientibus amicis nec ne, transigendi, vel paciscendi, seu foenerandi, vel societatis coeundae gratia, seu de aliis quibuscunque causis vel contractibus conficiuntur, quae ἰδιόχειρα graece appellantur, sive tota series earum manu contrahentium, vel notarii, vel alius cuiuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones, sive testibus adhibitis sive non, licet conditionales sint, quos vulgo tabellarios appellant, sive non, quasi publice conscriptas, si personalis actio exerceatur, suum robur habere decernimus. Si autem ius pignoris vel hypothecae ex huiusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit, eum qui instrumentis publice confectis nititur, praeponi decernimus, etiamsi posterior is contineatur, nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones eisdem idiochiris contineantur, tunc enim quasi publice confecta accipiuntur.

Man hat verschiedene Ansichten über dieses Gesetz aufgestellt.

1) Manche Juristen behaupten, der Kaiser habe nur die Glaubwürdigkeit des Datums im Auge gehabt, da eine Privaturkunde, wenn Verpfänder und Gläubiger einstimmen, ohne Weiteres zum Nachtheil der früheren Gläubiger antedatirt werden kann. Der Inhalt des Gesetzes sei also: wenn über die Priorität des Alters gestritten werde, so solle das Datum der Privaturkunde keine Glaubwürdigkeit haben, das pignus publicum solle immer jenem gegenüber als das ältere gelten. Das Gesetz würde hiernach nur zur Anwendung kommen, wenn es sich um den Vorzug des Alters handelt, nicht bei der Concurrenz eines pignus publicum und eines privatum privilegiatum. Das Gesetz enthält in der That nichts von einer solchen Beschränkung. Auch hätte es consequent dann verordnen müssen, daß alle Privatpfandrechte als gleichzeitig zu behandeln seien, denn warum sollte eine Glaubwürdigkeit des Datums hier angenommen werden? Dies wäre eine Prämie für ein Falsum.

2) Nach der herrschenden Meinung hat das Gesetz überhaupt die Existenzfrage des Pfandrechts im Auge, in Beziehung auf welche die Privaturkunde geringere Glaubwürdigkeit hat, als die öffentliche. Dies ist offenbar den Worten des Gesetzes allein gemäß. Daher geht namentlich das pignus publicum auch dem privatum privilegiatum vor, wegen der geringeren Glaubwürdigkeit.[2]

Darüber aber wird gestritten, ob das pignus publicum auch den gesetzlichen Hypotheken vorgehe. Manche bejahen dies (s. Note b des Lehrb.). Höchstens könnte es mit einigem Schein für die gesetzlichen Pfandrechte wegen Forderungen behauptet werden, welche auf einem Contracte beruhen, so daß man hier darauf zu sehen hätte, ob dieser Contract durch ein instrumentum publicum bewiesen werden kann, oder nicht. Aber auch in dieser Beschränkung geht die Meinung über den wörtlichen Inhalt des Gesetzes hinaus, der offenbar eine Collision zwischen Conventionalpfandrechten voraussetzt. Das pignus publicum hat also nur einen Vorzug vor Privatconventionalpfandrechten, nicht vor gesetzlichen. Mit diesen rangirt es nach dem Alter. Man hat behauptet, es gebe Fälle, die sich

2) (Dieser Satz steht mit dem obigen im Widerspruch, daß das Gesetz nicht bis zur Aufhebung der Wirksamkeit, sondern nur der Priorität der Privatverpfändung gegangen sei. A. d. H.)

dann nicht entscheiden ließen. Dies ist nicht richtig. Wenn ein pignus publicum mit zwei anderen concurrirt, von denen es dem einen vorgeht, dem anderen weicht, so tritt es für die Summe von jenem an dessen Stelle, [für das Uebrige aber bleibt es an seiner Stelle. S. das Beispiel in L. 16. D. qui pot. (20, 4), Lehrbuch §. 213 Note h. Wenn A ein älteres Privatpfandrecht hat, B eine gesetzliche Hypothek und C ein pignus publicum, so kommt erst C für die Summe von A, dann B für seinen Betrag, dann C für seinen Rest und zuletzt erst A. Oder wenn A mehr zu fordern hat als C: 1) C, 2) A, 3) B, 4) A mit seinem Rest], Modificationen des Grundsatzes, daß mit der Tilgung der Forderung das Pfandrecht untergeht.

Von der Uebertragung der Priorität.

§. 213.

Es ist möglich, daß jemand in die Stelle eines anderen Pfandgläubigers eintritt. Dies kann nicht so geschehen, daß ein bestehendes Pfandrecht mit seiner Priorität auf eine andere Forderung übertragen wird, aber so, daß jemand in eine Forderung mit dem ihr anklebenden Pfandrecht eintritt, entweder durch Cession oder so, daß auch ohne eigentliche Cession doch dasselbe Resultat angenommen wird. Dieser Eintritt in die Stelle eines Pfandgläubigers im Wege einer wirklichen oder fingirten Cession kann stattfinden

1) von Seiten derselben Person (in locum ipsius succedit): bei der Novation, wenn dieselbe mit dieser Intention geschehen ist. S. das Lehrbuch (unter 2).

2) von Seiten einer anderen, a) die schon bisher Gläubiger und mit einem Pfandrechte an derselben Sache versehen war, die also neben dieser Forderung und Pfandrecht noch eine andere Forderung und Pfandrecht auf dem Wege der Cession erhält, b) die bisher Gläubiger war, ohne ein Pfandrecht an dieser Sache zu haben, c) die bisher noch nicht Gläubiger war.

S. über die einzelnen Fälle das Lehrbuch.

Zu 3). Ius offerendi ist das Recht, einen Pfandgläubiger zu befriedigen und dadurch in seine Stelle einzurücken, also, den Uebergang der Forderung und des Pfandrechts an sich zu bewirken,

gewissermaßen eine erzwungene Cession. Dieses Recht hat jeder Besitzer des Pfandes gegen den mit der actio hypothecaria wider ihn klagenden Pfandgläubiger, s. §. 215 des Lehrb. Dies ist der am wenigsten singuläre Fall des ius offerendi, da ja der Kläger seine Befriedigung will. Aber das Recht ist auch abgesehen davon jedem Pfandgläubiger an derselben Sache gegeben. Dadurch ist den nachstehenden Pfandgläubigern ein Mittel gegeben, sich die erste Stelle und damit die Entscheidung über den Verkauf der Sache zu verschaffen. Sie können dadurch eine ihnen nachtheilige Entscheidung dieser Frage abwenden. Der vorgehende Pfandgläubiger kann dies nur dadurch vermeiden, daß er den Offerenten selbst abfindet. Außerdem kann im Fall seiner Weigerung das Resultat durch gerichtliche Deposition erreicht werden. Hat aber jemand mehrere Pfandrechte an derselben Sache (z. B. er ist erster und vierter Pfandgläubiger), so muß wegen aller offerirt werden, weil er sonst ja gleich selbst wieder offeriren könnte. Dies ist immer der Fall, wenn jemand durch das ius offerendi selbst zur ersten Stelle gelangt ist. Wenn mehrere es exerciren wollen, so muß der nähere vorgehen, diesem kann dann von den folgenden wieder in jener Weise (für das erworbene und sein eigenes Pfandrecht) offerirt werden.

Schutz des Pfandrechts.

§. 214.

S. das Lehrbuch.

Hypothecarische Klage.

1. Bei verpfändeten Sachen.

§. 215.

Aus dem Pfandrecht als ius in re entspringt die actio Serviana und quasi Serviana, hypothecaria in rem actio, vindicatio pignoris. Sie ist durchaus der rei vindicatio nachgebildet. Der Unterschied liegt vor Allem in dem Grund der Klage, und damit hängt denn auch zusammen, daß in Beziehung auf den Gegenstand die Eigenthümlichkeit des Zweckes, der erreicht werden soll, gewisse Verschiedenheiten hervorbringt.

Die Anstellung der Klage setzt regelmäßig voraus, daß die Zeit zur Ausübung des Pfandrechts gekommen sei; regelmäßig soll dadurch der Verkauf vorbereitet werden. Doch findet sie auch außerdem Statt, wenn ein genügendes Interesse nachgewiesen wird, z. B. Gefahr des Verlustes. Der Beklagte wird auch hier durch Caution befreit. Jener Grundsatz gilt auch vom Faustpfand, insofern daraus die hypothecaria in rem actio angestellt wird. Zwar hat der Gläubiger hier stets das Recht zu besitzen, aber dies kann er nicht mit der hypothecarischen Klage geltend machen. Für diese ist das Faustpfand wie die Hypothek; jenes besondere Element des Faustpfandes kommt bei diesem Rechtsmittel nicht in Betracht, eben weil es nicht aus dem Faustpfand als solchem, sondern aus dem Rechte, hinsichtlich dessen beide gleichstehen, entspringt.

Der Beweis richtet sich 1) auf die Verpfändung, 2) darauf, daß die Sache in bonis des Verpfänders war. Die Forderung braucht nicht bewiesen zu werden, ausgenommen beim gesetzlichen Pfandrecht. Auch braucht der Kläger nicht zu beweisen, daß er prior creditor ist, denn auch der nachstehende ist nicht (abgesehen von dem vorgehenden) von der Klage ausgeschlossen. Nur wenn der Beklagte selbst ein Pfandrecht beweist, siegt der Kläger bloß, wenn er ein vorgehendes beweist.

Einreden s. das Lehrbuch. Die exceptio excussionis hat den Zweck, daß der Kläger seine Befriedigung vorher auf andere Art suche, von einer anderen Person oder von einer anderen Sache. Die exceptio excussionis personalis hat der dritte Pfandbesitzer, sie besteht in Verweisung des Gläubigers an den Schuldner oder Bürgen. Manche wollen eine Ausnahme machen bei der speciellen Verpfändung nach Nov. 112.[1] Sie spricht nur von der Veräußerung der Sache cum suo onere. Diese Einrede fällt weg, wenn die Klage, [auf welche sie verweist], aus rechtlichen oder factischen Gründen nicht angestellt werden kann, z. B. wegen Verjährung, Insolvenz, Abwesenheit. Im letzten Falle wird eine Frist durch den Richter gestellt, innerhalb deren der Beklagte den abwesenden Schuldner stellen kann. Streitig ist, ob diese exceptio zuläßig sei, wenn die Person, gegen welche die Klage angestellt werden soll, in Concurs gerathen ist. Der Pfandgläubiger braucht sich nicht in den Concurs einzulassen, wenn er seine Befriedigung lediglich

1) Vergl. Note i des Lehrbuchs.

aus einer nicht zur Concursmasse gehörigen Sache sucht. Dieser ganz unzweifelhafte Grundsatz würde umgestoßen sein, wenn ihn der Besitzer der Sache dazu zwingen könnte. Davon ist in der Novelle 4, welche diese Einrede eingeführt hat, nichts enthalten. Mithin fällt die exceptio weg.

Die exceptio excussionis realis verweist den Gläubiger an ein anderes Pfand. Man hat Fälle herbeigezogen, die gar nicht dahin gehören. Wenn bei mehrfacher Verpfändung die eine nur subsidiär war, so besteht dieses in subsidium gegebene Pfandrecht gar nicht, bis seine Bedingung existirt, also so lange noch das andere ein Befriedigungsmittel darbietet. Jeder Beklagte kann das Pfandrecht negiren, natürlich auch der Verpfänder selbst. Stillschweigend soll die Subsidiarität angenommen werden, wenn generell und speciell zugleich verpfändet ist (z. B. mein Haus und überhaupt alle meine Güter), wenn nicht dem Gläubiger ausdrücklich die Wahl, das ius variandi, freigestellt ist.

Der einzige Fall der exceptio excussionis realis ist folgender: Wenn bei einer Verbindung der speciellen und generellen Verpfändung die Klage auf Sachen aus der generellen Verpfändung angestellt wird, welche im Besitz eines nachstehenden Pfandgläubigers sich befinden; hier kann dieser verlangen, daß der Gläubiger zuerst seine Befriedigung aus dem Specialpfandrecht suche, damit er nicht ohne Noth sein Pfand verliere. Die Billigkeit schien dies zu fordern, die Einrede hängt hier gar nicht von der Intention der Verpfändung ab. Sie findet aber auch nur in jenem Fall statt, nicht wenn der Gläubiger aus der speciellen Verpfändung klagt.

So wie diese Einreden Modificationen der Grundsätze von der rei vindicatio sind, die aus dem Zwecke der hypothecarischen Klage fließen, so giebt es dergleichen auch hinsichtlich des Gegenstandes. Früchte werden nur geleistet, insofern sie zur Befriedigung nothwendig sind, da der Gläubiger nur insoweit einen Anspruch auf Sache und Accessionen hat.

2. Bei verpfändeten Rechten.

§. 216.

Bei verpfändeten Sachen ist die hypothecaria eine utilis vindicatio rei, und wenn nur der Usucapionsbesitz des Verpfän-

ders nachgewiesen werden kann, eine utilis Publiciana. Ebenso verhält sich bei der Verpfändung der emphyteusis und superficies die actio hypothecaria zu der in rem actio emphyteuticaria etc., und bei der Verpfändung des Ususfructus durch den Usufructuar zur confessoria des Usufructuars.

So hat auch bei dem subpignus der Pfandgläubiger die Klage des Verpfänders als utilis hypothecaria, sie ist für diesen Fall cedirt.

Bei dem pignus nominis hat der Pfandgläubiger die persönliche Klage als utilis actio, gleich einem Cessionar. Ein sehr großer Irrthum war es, wenn manche frühere Juristen hier eine dingliche Klage des Pfandgläubigers angenommen haben. Auch wenn Forderungen wie Sachen verpfändet würden, so würde doch eine dingliche Klage nicht denkbar sein, [weil der Verpfänder nicht mehr geben kann, als er selber hat].[1]

Zum Theil hängt damit zusammen, daß man die exceptio excussionis hierher hat anwenden wollen. Bei der actio hypothecaria auf eine Sache hat sie den Sinn, daß dem Besitzer nicht ohne Noth die Sache entzogen werden soll. Davon kann hier nicht die Rede sein. Der Schuldner muß doch bezahlen, gleichviel ob dem Pfandgläubiger oder seinem Gläubiger, und jenem nicht früher als diesem.

Man hat sich für jene Anwendung der Exceptio auf eine Coderstelle[2] berufen wollen, wo allerdings die exceptio excussionis personalis bei einem pignus nominis gegeben werde.

Diese Stelle sagt, der Fiscus soll die Schuldner seines Schuldners nicht eher angreifen können, als wenn dieser insolvent ist. Dies bezieht sich gar nicht auf das beneficium excussionis, welches damals (zu Diocletian's Zeiten) noch nicht existirte, und gar nicht auf ein pignus nominis, welches dem Fiscus bestellt wäre, sondern auf die Execution durch Auspfändung. Diese kann sich auch auf die nomina erstrecken, aber nicht so lange andere Befriedigungsmittel existiren.[3] Dies soll auch für den Fiscus gelten, auch in Beziehung auf Forderungen, für die er ein gesetzliches Pfandrecht hat an allen Gütern des Schuldners, also auch an den nomina.

1) (L. 54, D. de R. I. (50, 17). A. d. H.)

2) L. 4. C. quando fiscus vel privat. (4, 15): Non prius ad eos, qui debitoribus fisci nostri sunt obligati, actionem fiscalem extendi oportere, nisi patuerit, principales reos idoneos non esse, certissimi iuris est.

3) (Vergl. L. 15. §. 8. D. de re iud. (42, 1). A. d. H.)

13. Interdictum Salvianum.

§. 217.

Das interdictum Salvianum ist dem Pfandgläubiger gegeben, um den Besitz der verpfändeten Sache zu erlangen; es ist ein interdictum adipiscendae possessionis, also kein possessorisches Interdict, sondern eines zum Schutz des Rechts.[1] Für den Faustpfandgläubiger gilt es nicht, weil dieser schon einmal im Besitz war.

Es ist eingeführt für den Verpächter, dem die invecta et illata verpfändet sind, also für den Fall, für welchen zuerst die hypothecarische Verpfändung eingeführt worden ist. Es war der Vorläufer der actio Serviana. Nachdem dieser vollkommnere Schutz eingeführt worden war, war es eigentlich unnöthig; man ließ es indessen stehen. Aber man dehnte es wenigstens nicht auf die übrigen Fälle der hypothecarischen Verpfändung aus. Ueberall wo es erwähnt wird, wird es nur für jenen Fall erwähnt. Man hat geglaubt, in einer Stelle[2] werde das Interdict nebenher auch bei einem anderen Pfandrecht zugelassen. Diese Meinung beruht auf einem Mißverständnisse.[3] Die Worte: adversus conductorem debitoremve heißen nicht: gegen den Pächter oder einen anderen Schuldner, sondern die Stelle sagt: das Interdict findet in dem vorliegenden Fall nicht Statt aus zwei Gründen: 1) weil der Beklagte nicht conductor, überdieß und abgesehen davon 2) weil er nicht debitor ist.[4]

---

1) (Vergl. hiergegen §. 85 Note 2 und den Zusatz zu Note a des Lehrbuchs. A. d. H.)

2) L. 1. C. h. t. (8, 9): Si te non remittente pignus debitor tuus ea, quae tibi obnoxia sunt, venum dedit, integrum tibi ius est ea persequi, non interdicto Salviano, id enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit, sed Serviana actione, vel quae ad exemplum eius instituitur utilis adversus emtorem exercenda (Gordian.).

3) (Das Interdictum Salvianum ist freilich unzulässig, aber einen possessorischen Schutz giebt es deshalb doch, nur in anderer Form: durch ein interdictum repentinum. L. 3. C. de pign. (8, 14). A. d. H.)

4) (Der wahre Grund ist: weil der Gläubiger auf den possessorischen Schutz verzichtet und sich bloß das Petitorium reservirt hatte. v. Vangerow's Einwand (Leitfaden §. 390. Anm.): dies Motiv sei nicht angedeutet, ist um so unerfindlicher, als es gerade recht nachdrücklich an die Spitze gestellt ist: die Worte si te — venumdedit könnten freilich einen Verkauf ohne Remission des Gläubigers bedeuten; dann stände aber te non remittente — gegen alle Auslegungsregeln — völlig müßig, und die Versagung des Possessorium gegen den Käufer wäre durch nichts gerechtfertigt. Sie sind also von einem Verkauf zu verstehen, in den der Gläubiger consentirt hat, aber salva causa pignoris

Das Interdict beruht auf der Fiction eines Faustpfandes und eines Precariums, es ist also nichts anderes, als ein utile interdictum de precario.[5] Daraus beantwortet sich die sehr bestrittene Frage, gegen wen es angestellt werden kann.[6] Es findet Statt gegen den, gegen welchen das interdictum de precario geht, also nur gegen den Verpfänder, nicht gegen den dritten Besitzer. Dies wird auf das bestimmteste ausgesprochen in der oben citirten Stelle (L. 1. Cod. h. t. 8, 9). Dessenungeachtet behaupten Viele: es könne auch gegen einen Anderen, wenigstens gegen den Käufer angestellt werden, und berufen sich deshalb auf eine Pandektenstelle,[7] welche aber folgendermaßen zu erklären ist:

1) Die Worte: adversus extraneum [heißen nicht „gegen den dritten Besitzer," sondern „gegen den Pächter selbst" im Gegensatz zu inter ipsos], der Pächter selbst ist der extraneus.

2) Die Worte: apud emtorem heißen: das Interdict erstreckt sich auch auf die Frucht bei dem Käufer; es wird nicht gesagt, daß der Käufer selbst belangt werden kann.

3) Hat man sich darauf berufen, daß der Jurist von einem utile interdictum, dagegen die L. 1. C. cit. nur vom directum spreche.[8] Dies wäre absurd bei einem rescribirenden Kaiser. Utile

---

sui, L. 4. §. 1. D. quibus modis pignus (20, 6), und dann folgt die Entscheidung von selbst. A. d. H.)

5) (Der einzige Grund für diese Ansicht des Verfassers ist die Rubrik des Codextitels VIII, 9: de precario et Salviano interdicto. Die Stellung in den Pandekten (43, 33) beweist, daß diese Zusammenstellung rein zufällig ist. A. d. H.)

6) (Die Frage: gegen wen? ist lediglich aus der prohibitorischen Natur des Salvianum Interdictum, also dahin zu entscheiden: gegen Jeden, der dem Gläubiger Gewalt anthut, indem er sich der Abführung der Illaten widersetzt. Dies ist auch in der Pandektenstelle vorausgesetzt. A. d. H.)

7) L. 1. D. h. t. (43, 33): Si colonus ancillam in fundo pignoris nomine duxerit et eam vendiderit, quod apud emtorem ex ea natum est, eius adprehendendi gratia utile interdictum reddi oportet. Si colonus res in fundum duorum pignoris nomine intulerit, ita ut utrique in solidum obligatae essent, singuli adversus extraneum Salviano interdicto recte experiuntur. Inter ipsos vero si reddatur hoc interdictum, possidentis conditio melior erit. At si id actum fuerit, ut pro partibus res obligaretur, utilis actio et adversus extraneos et inter ipsos dari debebit, per quam dimidias partes possessionis singuli adprehendent. Idem servari conveniet, et si colonus rem, quam cum alio communem habebat, pignoris nomine induxerit, scilicet ut pro parte dimidia pignoris persecutio detur.

8) (Dieser Satz fällt mit dem Grund Note 5 ds. §. Nicht das Salvianum ist ein utile interdictum de precario, sondern das Interdict wegen der beim Käufer geborenen Sclavenkinder heißt utile Salvianum, weil das directe Salvianum Geburt auf dem Pachtgrundstück (ibi nata) voraussetzt, L. 7. pr. D. in quib. caus. (20, 2), das int. de precario würde in diesem Fall ein directum sein: L. 10. D. de prec. (43, 26). A. d. H.)

ist eben das Salvianum selbst, [nicht etwa ein utile interdictum Salvianum. Außer gegen den Pächter findet es nur noch] gegen den Statt, der die Sache als angeblicher Pfandgläubiger besitzt.

Das Interdict entscheidet den Rechtsstreit so definitiv, wie die actio, eben weil es kein possessorisches Interdict ist.[9] Für uns ist es eigentlich eine bloße Antiquität. Die Praktiker aber haben es als provisorische hypothecaria behandelt, [so daß immer noch das Petitorium darauf folgen kann]. Darum haben sie es auch nicht auf jenen Fall eingeschränkt, sondern jedem Pfandgläubiger geben wollen. Diese Praxis ist zu verwerfen.

9) (Die Unrichtigkeit dieses Satzes beweist L. 2. D. h. t. (43, 33), wo der im Interdictum Salvianum Unterliegende auf die Actio Serviana verwiesen wird, um die dort nicht in Betracht kommende Rechtsgültigkeit der Verpfändung auszuführen. A. d. H.)

Beilagen.

I.

Von der Kraft des Gewohnheitsrechts gegenüber den Gesetzen.

Es ist ein alter Streit über die Kraft des Gewohnheitsrechts gegenüber den Gesetzen. Seit dem Mittelalter hat es nicht an Juristen gefehlt, die behaupteten, in einem Conflict zwischen beiden weiche stets das erste. Andere haben dem Gewohnheitsrecht gegenüber Gesetzen wenigstens nur eine beschränkte Wirksamkeit zuerkannt. Diese Beschränkungen waren verschiedener Art, bald wurde jene Kraft nur gewissem Gewohnheitsrecht, so der desuetudo, nicht der consuetudo, bald nur gegen gewisse Gesetze z. B. nur gegen Dispositivgesetze zugestanden.

Die schlechthin gleiche Kraft des Gewohnheitsrechts mit dem gesetzlichen ist an einem anderen Ort[1] aus inneren Gründen dargethan worden. Diese gleiche Kraft besteht darin, daß jenes diesem nur da weicht, wo ebenso auch ein Gewohnheitsrecht dem anderen Gewohnheitsrecht, ein Gesetz dem Gesetz weichen würde.

Hier soll dargethan werden, daß diese Ansicht auch den Aussprüchen des römischen Rechts vollkommen adäquat ist. Dies ist schon deswegen wichtig, weil eine von den einschlagenden Stellen desselben mehr als alles dazu beigetragen hat, jene Irrthümer hervorzurufen oder zu befestigen.

Von einer Pandektenstelle wird allerdings gewöhnlich anerkannt, daß sie jene gleiche Kraft entschieden ausspreche, wiewohl man doch auch hier vielfach versucht hat, sie mehr oder weniger mit der entgegengesetzten Meinung in Einklang zu bringen.

L. 32. D. de legib. (1, 3): De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est, et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est: si nec id quidem appareat, tunc ius, quo urbs Roma utitur, servari oportet.

---

1) Vergl. §. 11.

§. 1. Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes, nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.

De quibus — consequens ei est. Der Jurist führt die drei Rechtsquellen auf: Gesetzliches Recht, Gewohnheitsrecht, Recht der Wissenschaft. Manche haben hier eine Bestätigung der Behauptung gefunden, daß nur consuetudo praeter legem zu berücksichtigen sei. Dann würde Julian sich entschieden widersprechen. Aber der Fall, daß geschriebene Gesetze fehlen, ist nicht als Bedingung der Anwendung, sondern als vornehmliche Veranlassung aufgestellt. Der Jurist sagt: wenn kein geschriebenes Recht vorhanden ist, so darf der Richter nicht glauben, daß er darum von Entscheidungsnormen entblößt sei, es giebt noch zwei andere Rechtsquellen, aus denen er schöpfen kann.

Si nec — oportet. Die Stelle ist aus dem letzten Buch des Julianischen Digestenwerks genommen. Wie in dem Justinianischen, so stand auch dort wahrscheinlich das Municipalwesen am Ende. Daraus erklärt sich dieser Passus. Die Municipalverhältnisse hatten zur Grundquelle die lex Julia municipalis, von der ein Bruchstück in der tabula Heracleensis erhalten ist. Es galt der Grundsatz, daß wenn kein besonderes Recht existirte, das Municipalrecht der Stadt Rom angewendet wurde. Wahrscheinlich war dies in der lex Julia selbst ausgesprochen. Dies wird durch die tabula Heracleensis bestätigt, welche wirklich mehrere ursprünglich für Rom bestimmte Vorschriften auf die Municipien überträgt.

Inveterata consuetudo etc. Der Jurist hebt eine jener Quellen noch besonders hervor. Die lex municipalis schließt die Gültigkeit des Gewohnheitsrechts nicht aus. Dieses wird vielmehr gleich einem Gesetz geachtet, eine inveterata consuetudo, d. h. die sich durch ihre constante Dauer als Ausdruck der Volksüberzeugung darstellt, „das Recht, das durch die Sitte festgestellt ist": nicht entstanden, aber befestigt und bekräftigt.

Die Worte pro lege haben den besonderen Sinn: gleich einem Volksschluß. Es wird nämlich ein doppeltes Recht unterschieden: quod legis vicem obtinet und non obtinet. Julian will ausführen, daß dem Gewohnheitsrecht jene höhere Kraft zukomme. Dies zeigt er auf doppelte Art, einmal aus der Entstehung des Rechts, und dann aus der ihm zuerkannten Wirkung.

Nam cum ipsae leges etc. Julian erklärt nicht die Kraft des Gewohnheitsrechts überhaupt aus der Volkssouveränetät, sondern diese besondere Art von Kraft, zur Beantwortung jener dem römischen Recht eigenthümlichen Frage. Dasselbe thut Ulpian in L. 1. D. de const. princ. (1, 4) für die constitutiones principum; der Princeps erhält durch eine Lex sein Imperium und zwar mit dieser Kraft. Wollte man daher die Kraft des Gewohnheitsrechts mit der republikanischen Verfassung identificiren, so müßte man dasselbe auch thun für die Gesetze der Fürsten.

Quare rectissime etc. Julian will diese Kraft des Gewohnheitsrechts nicht durch das Vorhergehende erst beweisen, sie steht ihm vielmehr als eine entschiedene Thatsache fest. Er gebraucht sie umgekehrt, um seinen Satz, daß es legis vicem hat, zu bestätigen. Legislatoris ist offenbar eine Interpolation, und dies ist wichtig; es beweist, daß die Stelle nicht bloß einen historischen Charakter haben sollte: „Nicht bloß durch den Gesetzgeber, wer dieser auch sein möge, werden Gesetze aufgehoben, sondern auch durch die stillschweigende Ueberzeugung des Volks, welche sich in der constanten Nichtanwendung des Gesetzes (desuetudo) zu erkennen giebt."

Man hat sich an das Wort desuetudo geheftet, und davon die consuetudo legi contraria unterscheiden wollen. Aber in jedem Gewohnheitsrecht gegen ein Gesetz ist eine desuetudo legis enthalten, und bloß auf diese (negative) Seite kommt es hier an. Die positive, das andere Recht, das an seine Stelle tritt, versteht sich von selbst. Jene Meinung enthält die Absurdität: das Gewohnheitsrecht kann ein Gesetz aufheben, aber doch, nachdem es aufgehoben ist, nicht etwas anderes an seine Stelle setzen!

Die folgende Coderstelle ist es besonders, welche den oben erwähnten Irrthum veranlaßt und befestigt hat.

L. 2. C. quae sit longa consuetudo (8, 53): Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, sed non usque

adeo sui valitura momento, ut rationem vincat aut legem (Constantin.).

Bei den bisherigen Auslegungen sind zu unterscheiden 1) solche, die auf ein falsches Resultat führen, 2) solche, deren Resultat an sich nicht unrichtig, aber nicht im Gesetz Constantins enthalten, oder nicht nachgewiesen ist.

A. Interpretationen mit falschem Resultat:

1) Das Gesetz schließe schlechthin die Möglichkeit der Aufhebung der Gesetze durch Gewohnheitsrecht aus. Hier wäre eine Antinomie zwischen Pandekten und Codex. Manche haben zwar der Pandektenstelle einen bloß historischen Charakter gegeben; dies ist aber durchaus unrichtig, s. oben. Ebenso geht das Gegentheil daraus hervor, daß die Institutionen diese Möglichkeit einer Aufhebung anerkennen, ja sogar die Novellen Justinian's. Wäre aber ein Widerspruch zwischen Digesten und Codex, so müßte nach der wahren Behandlung der Antinomie die Frage aus inneren Gründen entschieden werden.

2) Unterscheidung von consuetudo legi contraria und desuetudo s. oben.

3) Constantin spreche von leges cogentes, Julian von dispositivae.[2] Aber dies ist ein willkührlich in die Stelle hineingetragener Zusatz, überdies ein falscher. Denn der Unterschied zwischen beiden Gesetzen liegt nur in der Möglichkeit der Ausschließung der Anwendung durch Privatwillen, nicht in der leichteren Art der Aufhebung.

4) Ebenso unrichtig ist die neueste Erklärung von v. Vangerow[3]: es sei von einem Gesetz die Rede, welches künftiges Gewohnheitsrecht verbiete, gegen dieses könne kein Gewohnheitsrecht aufkommen. Auch dies wäre nur ein Vielleicht. Aber auch der Satz selbst ist falsch. Ein Gesetz kann kein künftiges Gesetz aufheben, eben so wenig ein künftiges Gewohnheitsrecht.

B. Interpretationen mit richtigem, aber nicht im Gesetz enthaltenen Resultat:

1) Constantin sage nur, das Gewohnheitsrecht habe nicht eine größere Kraft als Gesetze, er spreche von einem früheren

---

2) So z. Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandekten-Rechts §. 38.
3) Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen §. 16.

Gewohnheitsrecht im Verhältniß zu einem neuen Gesetz.[4] Kein Wort der Stelle deutet dies an. Vielmehr ist die Verbindung von lex und ratio dagegen, bei der letzteren kann man nicht von Früher oder Später reden.

2) Constantin spreche von einer particulären Gewohnheit gegenüber einem gemeinen Gesetz, das zugleich particuläre Abweichungen ausschließt.[5] Dies möchte der Wahrheit theilweise im Resultat am nächsten kommen, aber es fehlt an der Nachweisung, wie dies in den Worten enthalten sein soll.[6]

Die richtige Erklärung wird einen in den Worten wirklich ausgesprochenen Sinn geben, und zugleich alle Ausdrücke erklären müssen, was bisher namentlich hinsichtlich der Worte: sui momento nicht der Fall war.

Alle früheren Interpreten haben übersehen, daß das Gesetz nicht eigentlich ein Gewohnheitsrecht voraussetzt, sondern bloß die äußere Erscheinung nennt: consuetudinis ususque longaevi. Dies Wort wird nicht selten für das darin manifestirte Recht selbst gebraucht, aber im eigentlichen Sinn bezeichnet es nur die Erscheinung.

Die Gewohnheit ist das Erkenntnißmittel des Gewohnheitsrechts, und sie hat darum eine bedeutende Autorität. Aber diese Autorität ist eben nur jene Eigenschaft als Zeugniß eines Rechtssatzes; die Gewohnheit hat sie nicht selbstständig und um ihres eigenen Gewichts willen, nicht sui momento, sondern sie entlehnt dieselbe von dem in Frage stehenden Rechtssatz. Wenn Gründe existiren, welche einen solchen Rechtssatz ausschließen, so kann sie diese nicht überwinden, denn dann wäre eine consuetudo ohne Rechtssatz vorhanden, sie würde sui momento auf Autorität Anspruch machen, das kann sie nicht. Jene Gründe können innere sein, diese werden hier wie anderswo unter ratio verstanden,[7]

---

4) (So Busch, Archiv für civ. Pr. Bd. XXVII (1845) Nr. 5. Schon die Glosse und Baldus hatten diese Meinung. A. d. H.)

5) So v. Savigny System Bd. I. Beilage II.

6) (Guyet, Archiv für civ. Pr. Bd. XXXV (1852) Nr. 2 führt an: das Rescript sei nach der Inscription an einen Provinzialstatthalter gerichtet: als ob daraus folgte, daß die Gewohnheit auf dessen Provinz beschränkt war. — Schon Jason (Mainus † 1519) Comm. ad Cod. Just. sagt, nach dieser Meinung sei die L. 2. de indubitabili, denn Niemand könne zweifeln, daß eine consuetudo certi loci keine lex generalis in toto mundo aufheben könne. A. d. H.)

7) So z. B. in L. 7. in fin. de adquir. rer. dom. (41,1): — — rationem enim non permittere, ut alterius arbor intelligatur, quam cuius fundo radices egisset.

oder äußere, namentlich ein Gesetz, mit dem sich der fragliche Rechtssatz nicht verträgt. Beispiele von dem ersten sind: Straflosigkeit eines Delicts, unbegränzte Selbsthülfe, von dem zweiten: Verbot in der Stadt zu begraben, welches unter den Imperatoren über das ganze Reich ausgedehnt wurde, mit Ausschließung particulärer Abweichungen. Eine Stadt beruft sich nun auf eine inveterata consuetudo. Was werden wir sagen? Eine consuetudo ist da, ein Umstand, dem wir sonst keine geringe Autorität bei der Erkenntniß des Rechts beimessen. Nur nicht zu vergessen, daß sie diese nicht sui momento hat, sondern als Zeugniß eines sie beseelenden Rechtssatzes. Dieser Rechtssatz würde ein particulärer sein, ein solcher aber ist unmöglich, so lange jenes Gesetz besteht. Dieses kann aufgehoben werden, aber nur durch ein anderes gemeines Gesetz oder gemeines Gewohnheitsrecht, nicht durch particuläres Gesetz oder particuläres Gewohnheitsrecht.

Constantin sagt also: die Autorität der Gewohnheit und des Herkommens ist nicht gering, aber sie ist nicht eine selbstständige und auf eigener Kraft beruhende, dergestalt daß sie eine innere Nothwendigkeit oder ein Gesetz, welches den fraglichen Rechtssatz unmöglich macht, zu überwinden vermöchte.

Die Stelle handelt nicht von der Kraft eines Gewohnheitsrechts, dem wir diese Eigenschaft wirklich zusprechen müßten, sondern von einem Mangel dieser Eigenschaft. Nicht von einem Gewohnheitsrecht, das geringere Wirkung als das gesetzliche hätte, sondern von einer Gewohnheit, die kein Gewohnheitsrecht enthält. Sie läugnet für gewisse Fälle nicht die Kraft des Gewohnheitsrechts, sondern seine Existenz.

II.

Von der Handlungsfähigkeit der Minderjährigen.

Nicht jeder Rechtsfähige ist handlungsfähig, d. h. fähig, durch seine Handlungen auf Rechtsverhältnisse einzuwirken, eine rechtliche Wirkung dadurch hervorzubringen. So kann das Alter ein Hinderniß der vollkommenen Handlungsfähigkeit sein; damit beschäftigen wir uns hier allein. Drei Altersstufen sind zu unterscheiden: 1) infantes, vollkommen Handlungsunfähige, 2) impuberes, beschränkt Handlungsfähige, 3) puberes, vollkommen Handlungsfähige.

Die Beschränkung der Impuberes beruht darauf, daß ihnen der Verstand und die Einsicht in das Wesen und den Zweck der juristischen Handlungen, namentlich der Rechtsgeschäfte mangelt, was schlechthin angenommen worden ist. Sie sind daher unfähig: 1) zu Veräußerungen, 2) zu Verpflichtungen, 3) zu gewissen Formen, ganz abgesehen von dem Inhalt des Geschäfts (civilia negotia). Aber es ist eine Anstalt gegeben, durch deren Anwendung sie Handlungen mit voller Wirkung vornehmen können, die tutoris auctoritas. Dies setzt freilich voraus, daß sie sui iuris sind. Ohne diese auctoritas sind jene Handlungen schlechthin nichtig.

Puberes sind vollkommen handlungsfähig. Diese Handlungsfähigkeit kann allerdings zu ihrem Nachtheil ausschlagen; wir müssen ihnen das Judicium zuschreiben, welches den Impuberes fehlt, aber wir können ihnen in der Jugendzeit noch nicht die Erfahrung und Ueberlegung beimessen, welche den richtigen Gebrauch des Verstandes in jedem Fall bedingt. Soll uns diese Erwägung zur Festsetzung einer Handlungsunfähigkeit bewegen? Das römische Recht hat dies nicht gethan; dagegen hat es den nachtheiligen Einflüssen der Handlungsfähigkeit für die früheren Jahre der Pubertät begegnet durch zwei Institute 1) durch die in integrum restitutio, 2) durch die Cura. Beides für puberes minores XXV annis.

In welchem Verhältniß stehen diese Institute zur Handlungsfähigkeit? Die in integrum restitutio hebt sie nicht auf, sie setzt sie vielmehr voraus. Nur gegen ihre nachtheiligen Folgen schützt sie die Minderjährigen. Ebensowenig wird die Handlungsfähigkeit durch die Cura aufgehoben.

Der Einfluß der Cura auf Rechtsgeschäfte bestimmt sich im allgemeinen so. Die Administration des Vermögens ist dem Curator gegeben, und darum dem Minderjährigen entzogen. In der Administration liegt die Entscheidung über gewisse Rechtsgeschäfte, namentlich solche, wodurch das Vermögen verringert, etwas daraus hinweggenommen wird. Die Fähigkeit zu diesen Geschäften wird dem Minderjährigen nicht entzogen, er kann die Handlung allein vornehmen (nicht wie der Impubes unter Beistand), aber die Entscheidung, ob sie vorgenommen werden sollen, fällt dem Curator zu, sie bedürfen des Consenses des Curators (der aber nicht eine Ergänzung der Handlungsfähigkeit ist, wie die auctoritas tutoris).

Das Resultat ist: hat der Minderjährige keinen Curator, und ist ein nachtheiliges Geschäft eingegangen, so hat er nur die in integrum restitutio. Hat er einen Curator, und er ist ein Geschäft eingegangen, wozu der Consens nöthig ist, so ist ohne diesen das Geschäft ipso iure nichtig. Hat er den Consens erhalten (vorher oder nachher), so ist das Geschäft ipso iure gültig, auch kann er es ohne seinen Curator, ohne dessen Beistand abschließen; hier ist er also wieder auf die in integrum restitutio verwiesen.[1] Also die Cura hat keinen Einfluß auf die Handlungsfähigkeit im eigentlichen Sinn, die Möglichkeit in Rechtsgeschäften für sich und selbstständig aufzutreten, aber einen indirecten, insofern diese Handlungsfähigkeit bei gewissen Rechtsgeschäften nichts nützt, wenn der (vorausgehende oder nachfolgende) Consens fehlt. — Man kann daher sagen: der minor curatorem habens ist nicht in seiner Handlungsfähigkeit, aber in seiner Dispositionsfähigkeit beschränkt (d. h. eben in der Administration).

Zu welchen Geschäften ist der Consens nothwendig?

1) Gewiß ist er nicht nothwendig zu Geschäften, die das Vermögen nicht berühren, z. B. Verlöbnissen, Eheschließungen, soweit jene Voraussetzung eintritt, d. h. ein Verlöbniß, eine Ehe ist auch ohne den Consens vorhanden.

2) Ebenso gewiß ist er nothwendig zu Veräußerungsgeschäften (S. L. 3. cit.).

3) Bestritten ist, ob zu Verpflichtungsgeschäften. Verneinen wir diese Frage, so ist der Minor rein auf die in integrum restitutio verwiesen. Bejahen wir sie, so behaupten wir nicht die Nothwendigkeit des Beistandes des Curators, aber die seines Consenses bei Vermeidung der Nichtigkeit.

Nach der gemeinen Meinung ist der Consens nothwendig, und dies wird auch durch die im geschriebenen Recht vorkommenden Anwendungen bestätigt, s. §. 51 unter 3). In der That wäre es ganz ungehörig, Veräußerung und Verpflichtung zu trennen, beides läuft in einander; wer sich verpflichtet, hat in der That (wenn auch noch nicht formell) etwas veräußert, die Schuld ist ein Minus seines Vermögens.

---

1) Vergl. L. 3. C. de in int. rest. minor. (2, 22).

Nun kommt eine Stelle vor, von der man geglaubt hat, sie enthalte das Gegentheil.

L. 101. D. de V. O. (45, 1): Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari. (Modestin.)

Die gemeine Meinung hat sich dadurch nicht irre machen lassen, aber sich dagegen auf sehr unzulässige Weise vertheidigt. So hat man gesagt: Modestin spreche von Stipulationen, die nicht das Vermögen betreffen (Verlöbnissen, wobei wohl auch die Worte spondes etc. gebraucht werden). Aber die Stelle handelt von Obligationen, und diese betreffen immer das Vermögen. Ferner hat man sine curatoribus so verstehen wollen: „die keine Curatoren haben"; offenbar gegen die Worte. Endlich hat man sich mit Emendationen zu helfen gesucht: sine curatoribus constituti, — sine curatoribus suis — obligare, die völlig verwerflich sind.

Auf der anderen Seite giebt es Juristen, welche auf diese Stelle hin die Meinung aufgestellt haben: Verpflichtungsgeschäfte bedürften nicht des Consenses, so Marezoll, v. Savigny. Diese Ansicht hat nur diese Stelle zur Grundlage. Ihr stehen die äußeren und inneren Gründe, die vorhin angeführt worden sind, entgegen.

Alle bisher erwähnten Interpreten haben das mit einander gemein, daß sie etwas in die Stelle hineintragen, was nicht darin liegt. Man hat dadurch erst die Schwierigkeit selbst geschaffen, die sie an sich nicht darbietet. Dies ist, daß man die Worte sine curatoribus suis verstanden hat: sine consensu curatorum. Die Worte können, um recht billig zu sein, zweierlei heißen: ohne den Consens, und ohne den Beistand der Curatoren. In einem solchen Fall haben wir die Wahl der Bedeutung, welche mit dem übrigen Recht conform ist, und das ist die letzte. Aber diese ist auch sprachmäßig die am nächsten liegende; wir können nicht einmal sagen, daß die Worte jene beiden Bedeutungen gleichgut haben können. Bei der zweiten Bedeutung setzen wir im Grunde nichts zu, während dies bei der ersten der Fall wäre.

Also sagt Modestin nur: die Cura beschränkt nicht die eigentliche Handlungsfähigkeit der Puberes, sie können ohne ihre Curatoren (verpflichtende) Contracte schließen, während Impuberes es nicht sine tutoribus suis können. Eben weil die letzteren in

ihrer Handlungsfähigkeit beschränkt sind, die ersteren nicht. Ueber den Consens erklärt er sich gar nicht.[2]

III.

Ueber die Beschaffenheit des Irrthums als Motiv einer Handlung.

Bei der Lehre vom Irrthum als Motiv einer Handlung oder Unterlassung sind zwei Fragen wichtig und zu unterscheiden:

1) in welchen Fällen hat überhaupt dieser Irrthum eine rechtliche Bedeutung? Die Antwort lautet: diese Bedeutung ist nur die Ausnahme.

2) von welcher Beschaffenheit muß der Irrthum sein, wenn er in diesen (Ausnahms-) Fällen berücksichtigt werden soll? Die Regel ist: error facti wird berücksichtigt, nicht error iuris. Ausnahmen finden unter anderen zu Gunsten der Frauen in gewissen Fällen Statt.

Wie verhalten sich dazu die folgenden Stellen.

L. 7. 8. D. de iur. et facti ign. (22, 6): Iuris ignorantia non prodest adquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet. — Error facti ne maribus quidem in damnis vel compendiis obest, iuris autem error nec feminis in compendiis prodest, ceterum omnibus iuris error in damnis amittendae rei suae non nocet (Papin.).

Manche Juristen haben diese Stellen auf die erste Frage beziehen wollen. Jeder Schaden solle durch einen Irrthum beseitigt werden können, nur freilich bloß durch einen error facti, nicht einen error iuris; jedoch auch dieser genüge, wenn man nur das Seinige erhalten wolle.

Dies ist offenbar falsch, denn die Regel ist vielmehr: das Motiv des Irrthums hat keine Wirkung, außer in unbestimmten Fällen.

Andere haben die Stellen mit Recht bloß auf die zweite Frage bezogen, also immer vorausgesetzt einen Fall, in welchem der Irrthum überall berücksichtigt wird; also die Stellen bloß auf die Beschaffenheit des Irrthums bezogen.

---

2) (Vergl. die Gegengründe §. 51 Note 3. A. d. H.)

Aber auch hier hat man gewöhnlich die Stellen zu sehr generalisirt. Man mußte die Regel anerkennen: der Rechtsirrthum schadet. Aber diese Regel soll nur in compendiis (lucro) gelten, nicht in damno (Verminderung des gegenwärtigen Vermögens). Diese Beschränkung würde die Regel so gut als aufheben, auch läuft beides durcheinander, und ist auch den speciellen Entscheidungen einzelner Fälle entgegen, z. B. condictio indebiti, ädilitische Klagen, S. C. Macedonianum etc. (noch einen Fall giebt L. 29. pr. D. mand. (17, 1): der Bürge versäumt eine exceptio aus Rechtsirrthum).

Also müssen die Sätze Papinian's einen viel engeren Sinn haben, wenn sie wahr sein sollen, und dieser engere Sinn ist in der That auch den Worten gemäß, wenn sie nur nicht generalisirt werden.

Adquirere volentibus. Papinian setzt bei diesen Worten einen Fall voraus, wo der Irrthum ein Erwerbsgrund ist. Dies ist der Fall bei der Usucapion, die bona fides muß ein error facti sein. — Allenfalls kann man auch an die Fristen für den Erwerb der bonorum possessio denken.

Suum vero petentibus. Man könnte denken, diese Worte sprächen denselben Satz aus, wie die vorhergehenden, nur von Seiten der anderen Partei. Also in Beziehung auf die Usucapion, daß dem Eigenthümer der fremde Besitz unschädlich ist, wenn der Besitzer durch einen iuris error besitzt. Dieser Auslegung steht aber das vero entgegen; wollte man die Worte so erklären, so müßte es heißen: suum igitur petentibus. Also kann nur von einem Irrthum der suum petentes selbst die Rede sein.

Wenn ein Fall vorkommt, bei dem überall der Irrthum berücksichtigt wird (dies ist immer die Voraussetzung — s. oben), und der Fall ist der eines Vindicanten, so schadet der Rechtsirrthum nicht. Ein solcher Fall kommt allerdings vor: Anerkennung eines Mitfideicommißberechtigten, oder Miterben.[1]

---

1) L. 79. D. de leg. II. (31): Quae fideicommissa moriens libertis viri debuit, eorundem praediorum suis quoque libertis fructum reliquit, iuris ignoratione lapsi, qui petere praedia ex mariti testamento debuerunt secundum fideicommissum inter ceteros longo tempore perceperunt; non ideo peremtam videri petitionem prioris fideicommissi constitit. (Ein älterer und häufigerer Fall, der eben deshalb zur Ausbildung der alten Rechtsregel Veranlassung gegeben haben möchte, ist die Verwechselung

Error facti ne maribus etc. nicht bei allen Nachtheilen, sondern eben nur bei denen, wo der Irrthum eine Hülfe gewährt, s. oben.

Nec feminis in compendiis etc. Die Frauen wurden im älteren Recht gegen Nachtheile durch Irrthum in weiterem Maaße restituirt, als Mannspersonen. Dies ist im neueren Recht sehr beschränkt; sexus ist kein Grund der Restitution mehr, wie aetas. Wo nun der Irrthum ihnen Hülfe gewährt, ist es doch regelmäßig nur der factische. Dies gilt am entschiedensten bei einer Bereicherung, nämlich Schenkung; hier hat schon das ältere Recht die Hülfe wegen Rechtsirrthums versagt; ferner bei der Frist der bonorum possessio.

Omnibus in damnis amittendae rei suae etc. Hier besonders muß man sich vor dem Irrthum hüten, als entscheide die Stelle die Frage über die Fälle, wo der Irrthum relevant ist. ad 1) Also es giebt unter den Fällen, wo der Irrthum berücksichtigt wird, solche, in denen auch der Rechtsirrthum berücksichtigt wird, also dem factischen gleichsteht: Betrug, Nachtheile der mala fides, Vorwurf des Dolus, irrthümliche Ausstellung einer Caution, ohne noch erfolgte Zahlung. Von diesen Fällen paßt der letzte vollkommen zu jenem Ausdruck, der einen Nachtheil bezeichnet, bestehend in einem bevorstehenden Verlust (daß ein Nachdruck auf amittendae gelegt werden darf, beweist die Voranstellung des Wortes).

IV.

Von der Civilcomputation.

Die juristische Berechnung ist eine Berechnung, bei welcher der Zeitraum nur als in Tage getheilt genommen wird. Der Tag wird nicht wieder getheilt. Daher ist jede Stunde gleich, Anfang des Tags ist auch Vollendung desselben: dies postremus coeptus habetur pro completo. Der letzte Tag eines Zeitraums bestimmt sich durch Erfüllung der Summe von Tagen, aus denen die Frist besteht. Ein Zustand beginnt z. B. den

---

der Condiction mit der Vindication dem Diebe gegenüber. Das Ergebniß der Connivenz gegen diesen Irrthum ist die condictio furtiva, L. 1. §. 1, L. 2. D. de cond. trit. (13, 3), §. 14. J. de act. (4, 6). A. d. H.)

20. November 1845; wenn wir diesen Tag als den ersten rechnen, so ist ein Jahr vollendet am 19. November 1846, und wenn nicht Ueberschreitung gefordert wird, schon am Anfang dieses Tags, also wenn Mitternacht zwischen dem 18. und 19. vorüber ist.

Nach der Ansicht v. Savigny's[1] soll das Jahr erst am Anfang des 20. Novembers vollendet sein, des Tages, in den nach der Naturalcomputation, also nach Stunden 2c. berechnet, der Schlußmoment fiele. Dadurch wird der Begriff der Civilcomputation zerstört, denn es wird nicht nach Tagen, sondern nach Stunden 2c. gerechnet. So z. B. von dem Mittag des heutigen Tages bis Mittag des morgenden 1 Tag u. s. f., von Mittag den 19. November 1846 bis Mittag den 20. November der letzte Tag. Und nun soll doch plötzlich nicht Mittag, sondern schon zwölf Stunden früher die Zeit abgelaufen sein, was in diesem Zusammenhang ganz willkührlich ist. — Schon in dem Begriff der Civilcomputation also liegt der Beweis unserer Ansicht, die v. Savigny'sche ist eine Berechnung nach Stunden, eine Naturalcomputation, nur mit einem abnormen Zusatz.

Aus einer Vergleichung der Stellen des geschriebenen Rechts wird sich ergeben, welche Ansicht die römischen Juristen gehabt haben. Die hauptsächlichsten der hierher gehörigen Stellen sind folgende:

L. 134. D. de V. S. (50, 16): Anniculus non statim ut natus est, sed trecentesimo sexagesimo quinto die dicitur, incipiente plane, non exacto die, quia annum civiliter, non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus (Paul.).

non statim ut natus. Diese Bemerkung kann eine doppelte Veranlassung haben: 1) anniculus ist ein Kind, das wenigstens ein Jahr alt, nicht umgekehrt ein Kind, das nicht älter ist, 2) Abweisung der Analogie von L. 8. D. de munerib. (50, 4).

trecentesimo sexagesimo quinto die. Der Jurist rechnet, wie wir; nicht an seinem Geburtstage wird das Kind anniculus, sondern schon an dem Tag vorher. Ferner incipiente die, weil nur das complere, nicht das excedere gefordert wird.

quia annum civiliter etc. Der Character der Civil-

---

1) System Bd. IV. §. 182—188.

computation besteht eben darin, daß nicht nach kleineren Zeittheilen als Tagen gerechnet wird, daher denn auch Anfang und Ende des Tags in einander fallen, nicht weiter unterschieden werden.

L. 6. 7. D. de usurp. (41, 3): In usucapionibus non a momento ad momentum, sed totum postremum diem computamus. Ideoque qui hora sexta diei calendarum ianuariarum possidere coepit, hora sexta noctis pridie calendas ianuarias implet usucapionem (Ulp.).

Totum etc. Der Tag wird als untheilbare Einheit genommen.[2]

Ideoque etc. Darum ist die Stunde gleichgültig; wenn die Usucapion Mittag den 1. Januar angefangen hat, so vollendet sie sich nicht erst Mittag des folgenden 1. Januars, sondern Mitternacht pridie calendas. Was heißt dies, die sechste Stunde der Nacht, welche zum 31. December gehört? Ist dies die Nacht, die darauf folgt, oder die vorangehende? Offenbar die letztere, denn Ulpian sagt, die Usucapion ist pridie calendas ianuarias vollendet, nach v. Savigny würde sie erst am Anfang der calendae ianuariae vollendet sein.

L. 15. pr. D. de div. temp. praescr. (44, 3): In usucapione ita servatur, ut etiamsi minimo momento novissimi diei possessa sit res, nihilominus repleatur usucapio, nec totus dies exigitur ad explendum constitutum tempus.

In usucapione, nicht überall, bei der Klagverjährung gilt dies nicht; s. unten.[3]

L. 1. D. de manum. (40, 1): Placuit eum, qui calendis ianuariis natus, post sextam noctis pridie calendas, quasi annum vicesimum compleverit, posse manumittere. Non enim maiori XX annis permitti manumittere, sed minorem

---

2) (Dem Sprachgebrauch von totus (ganz, nicht untheilbar) und dem Zusammenhang (ideoque) angemessener ist Erb's Erklärung (Hugo, civ. Mag. Bd. V. S. 199): wir rechnen zwar nicht bis zum wiederkehrenden Moment im Lauf des folgenden Tags, aber den letzten Tag der Frist rechnen wir ganz ein. A. d. H.)

3) (Nach Erb's Erklärung a. a. O. steht diese Stelle mit L. 7. D. de usurp. (41, 3) im Widerspruch. Diesen löst Huschke, Zeitschr. für Civilr. und Proz. N. F. Bd. II. S. 171 durch die Annahme, daß L. 15. das Princip für die Vollendung der Usucapion, L. 7. das für die Möglichkeit der Usurpation enthalte, d. h. das erworbene Eigenthum rückgängig gemacht werden könne, wenn der Verlierende noch an diesem letzten Tage protestirt. A. d. H.)

manumittere vetari, iam autem minor non est qui diem supremum agit anni vicesimi (Ulp.).

Diese Stelle ist ganz unzweideutig. Es wird gesagt: calendis ianuariis, keine Stunde angegeben, also kann die Differenz nicht bloß einen Theil dieses Tages betreffen.

post sextam horam noctis. Würde dies heißen, am 1. Januar, so würden die Worte quasi compleverit keinen Sinn haben. Qui diem supremum agit, sagt die Stelle, kann während dieses dies supremus freilassen; dieser ist aber pridie calendas (pridie calendas posse manumittere).

Es konnte gefragt werden, muß der dies supremus überschritten oder nur erreicht (und damit auch vollendet) sein? Der wahre Grund für das letztere ist, es wird ein Recht durch Dauer eines Zustandes erworben. Der Jurist gebraucht hier einen anderen, äußeren, in die Augen fallenderen Grund. Das Gesetz sagt: der Minor soll nicht freilassen, nicht, der Major darf freilassen. Im letzteren Fall könnte man sagen, ein excedere sei in den Worten enthalten, in jenen Worten dagegen ist es gewiß nicht enthalten.

L. 5. D. qui testam. (28, 1): A qua aetate testamentum vel masculi vel feminae facere possunt, videamus. Verius est in masculis quidem quartum decimum annum spectandum, in feminis vero duodecimum completum. Utrum autem excessisse debeat quis quartum decimum annum, ut testamentum facere possit, an sufficit complesse? Propone aliquem calendis ianuariis natum testamentum ipso natali suo fecisse quarto decimo anno, an valeat testamentum? Dico valere. Plus arbitror, etiam si pridie calendarum fecerit post sextam horam noctis, valere testamentum, iam enim complesse videtur annum quartum decimum, ut Marciano videtur (Ulp.).

Dies ist die allerunzweifelhafteste Stelle. Sie ist aber auch von demselben Juristen, von dem die meisten der vorigen herrühren. Also ist keine Controverse anzunehmen. Die Worte: ut Marciano videtur beziehen sich zunächst auf die Frage: ob complere oder excedere zu fordern ist.

Q. Mucius apud Gellium N. A. III. 2.: Q. quoque Mucium I. C. dicere solitum legi, lege non isse usurpatum mulierem, quae Calendis ianuariis apud virum causa matri-

monii esse coepisset, et ante diem quartum Calendas ian. sequentes usurpatum isset. Non enim posse impleri trinoctium quod abesse a viro usurpandi causa ex XII tabulis deberet, quoniam tertiae noctis posteriores sex horae alterius anni essent, qui inciperet ex Calendis.

Die Manus entsteht usu. Die zwölf Tafeln haben eine Möglichkeit der Verhütung der Manus ohne Aufhebung der Ehe angeordnet durch eine Unterbrechung des ehelichen Beisammenseins, und zwar durch eine Abwesenheit der Frau während dreier Nächte, trinoctium (damit nicht ein Zweifel wegen zufälliger Abwesenheit entstehe). Dadurch ist der usus unterbrochen, usurpatio. Daher usurpatum ire.

v. Savigny benutzt die Stelle für seine Ansicht folgendergestalt. Die Manus wird durch Usus von einem Jahr erworben (wie die Usucapion beweglicher Sachen). Nach der gewöhnlichen Meinung wäre dieser Usus vollendet Mitternacht zwischen dem 30. und 31. December. Nach seiner Ansicht erst Mitternacht zwischen dem 31. December und 1. Januar. Diese Rechnung befolgt Mucius, denn er sagt, die am 29. December sich entfernende Frau habe nicht unterbrochen, weil sie nur zwei und eine halbe Nacht in diesem Jahr abwesend gewesen sei. Nach der gewöhnlichen Meinung hätte er die Entfernung auf den 28. December setzen müssen; schon da hätte ihr nach dieser Meinung eine halbe Nacht gefehlt, während in dem Fall des Mucius nicht eine halbe Nacht, sondern anderthalb zu dem trinoctium fehlen.

Mucius sagt: alterius anni essent, qui inciperet ex calendis. Dies ist ganz richtig, auch nach der gewöhnlichen Ansicht. Das vorige Jahr kann vollendet sein, ohne daß das neue begonnen hat. Jenes ist nach dieser Ansicht am 31. December der Fall, nicht auch dieses. Es ist der Unterschied von complesse und excessisse.

Was wir aus der Stelle entnehmen können, ist nicht, daß Mucius den Zeitraum erst in der Mitternacht zwischen dem 30. December und 1. Januar für vollendet hielt (dies wäre eine Abweichung von der Ansicht Ulpians), sondern daß er das folgende Jahr erst mit diesem Moment beginnen ließ, und dies ist nicht gegen die Ansicht Ulpians.

Daraus ergiebt sich nun ferner, daß er ebenso rechnete wie Ulpian, aber in dem vorliegenden Fall nicht die Vollendung des

ersten Jahres, sondern den Anfang des zweiten als den entscheidenden Punkt ansah; so daß also über die Civilcomputation an sich gar nichts entscheidendes aus der Stelle zu entnehmen ist.

Zu jener Bestimmung des entscheidenden Punktes (daß ein excessisse, nicht bloß complere erforderlich sei) konnte ihn vielleicht der Ausdruck des Gesetzes veranlassen. Es konnte dies aber auch einen inneren Grund haben.

Man kann nämlich die Sache so ausdrücken. Mucius behandelt den Usus nicht als Erwerb, sondern als Verlust der Selbstständigkeit von Seiten der Frau. Dann muß der letzte Tag nicht bloß angefangen haben, sondern ganz abgelaufen sein. Zu dieser Behandlung berechtigte das Gesetz selbst, das die usurpatio einführte, und dadurch die Frau gegen die Nothwendigkeit der Manus in Schutz nahm, also gegen den Verlust ihrer Selbstständigkeit.[4]

V.

Von der Behandlung des Schalttags.

L. 2. D. de div. temp. praescr. (44, 3): In tempore constituto iudicatis an intercalaris dies proficere iudicato nec ne debeat, quaeritur, item de tempore, quo lis perit. Sic sine dubio existimandum est, ut auctum litis tempus intercalari die existimetur, veluti si de usucapione sit quaestio, quae tempore constituto expleri solet, aut de actionibus, quae certo tempore finiuntur, ut aediliciae pleraeque actiones. (S)et si quis fundum ita vendiderit, ut nisi in diebus triginta pretium esset solutum, inemtus esset fundus, dies intercalaris proficiet emtori; mihi contra videtur (Marcell.).

Der julianische Kalender schaltet alle vier Jahre einen Tag ein, der auf den 23. Februar (Terminalien) folgt, und der mit dem 24. (sextus ante calendas Martias) nur Einen Tag ausmachen soll: bis sextum von 48 Stunden. Diese Zeit soll, wo ein Zeitraum nach dem Kalender berechnet wird, als Zeit

4) (Indirect liegt in der Stelle, daß Mucius das Weggehen am 28. December für genügend hält. Dann aber fallen ebenfalls schon 6 Stunden in den Lauf des 31., also des letzten Tages, und die Stelle bestätigt den Grundsatz der L. 6. 7. D. de usurp. (41, 3), daß der letzte Tag zum Zweck der Usurpation noch ganz offen steht. A. d. H.)

nicht in Ansatz kommen: biduum pro uno die habetur. Die Folge ist, daß der in einen Zeitraum fallende Schalttag die Zeit verlängert, also dem zu Gute kommt, der durch den Ablauf der Zeit von einem Recht ausgeschlossen wird. Dies folgt aus dem Charakter der Schaltzeit, welche nur die Verkürzung der gemeinen Jahre compensirt.

Marcellus unterstellt am Anfang zwei Fälle der Betrachtung: 1) tempus constitutum iudicatis, welches nach altem Recht einen Monat, später zwei, nach Justinian (bei Geldcondemnation) vier Monate betrug; 2) tempus quo lis perit. Dies geht theils auf die alte Proceßverjährung, theils auf den Verlust einer Klage durch Zeitablauf, in Folge der Klagverjährung oder Usucapion, perit lis inchoanda.

Der Jurist entscheidet diese Fälle nach jener Regel, und zwar mit Worten, die jeden Zweifel ausschließen: Sic sine dubio — existimatur. Als Beispiele führt er nur Fälle der zweiten Art an. Aediliciae pleraeque actiones, „mehrere" oder „manche" ädilitische Klagen — alle uns bekannten gehören dahin; dies schließt natürlich nicht aus, daß es nicht wenige andere gab.

Nach actiones kommt offenbar ein neuer Fall; man könnte ihn nur gezwungen unter das tempus quo lis perit bringen wollen. Auch ist er seiner Natur nach ganz von jenen verschieden. Das Gemeinschaftliche der bisher erwähnten ist: es werden Fristen gegeben durch Rechtsvorschrift für stets wiederkehrende Fälle. Hier ist von einer durch Privatwillen für einen einzelnen Fall gesetzten Frist die Rede. Es kann hier nicht nach einer Rechtsregel, sondern nur nach der Intention der Parteien entschieden werden. Wenn ein Verkäufer erklärt: ich muß das Geld haben in 30 Tagen, erhalte ich es nicht, so soll der Verkauf nicht gelten, so meint er offenbar 30 vierundzwanzigstündige Zeittheile. Er hat nicht die Tage des Kalenders im Sinn, sonst würde er einfacher gesagt haben: bis zu dem und dem Tage des künftigen Monats. Die Anwendung der Kalenderregel biduum pro uno die habetur, sofern zufällig in die Frist ein Schalttag fiele, also Verlängerung der Frist um 24 Stunden, wäre hier gegen die natürliche Intention der Parteien. (Bei der Anwendung einer Rechtsvorschrift kann man sagen: man kann zu kurz kommen —

in einem gemeinen Jahr — und gewinnen, das compensirt sich, so ist es hier bei einer ein für allemal gesetzten Frist nicht.)

So entscheidet Marcellus: mihi contra videtur. Diese Worte können nicht auf die früheren Entscheidungen bezogen werden, einer solchen folgenden Berichtigung widersprechen die Worte: sic sine dubio etc. Also gehen sie bloß auf das unmittelbar vorhergehende: et si quis etc.; damit stimmt überein, daß dieser Fall von dem vorigen seiner Beschaffenheit nach ganz abweicht.

Daraus ergiebt sich, daß die gewöhnliche Interpunction (hinter actiones ein Komma) unrichtig ist, wodurch der letzte Fall mit den vorigen gleichgestellt wird. Aus diesem Irrthum ist ohne Zweifel auch die Lesart tempori statt emtori entstanden, um eine Entscheidung zu gewinnen, deren Ausdruck auch auf die vorigen Fälle paßte.

Die Stelle ist vielmehr so zu interpungiren, daß 1) mit Et ein neuer Satz beginnt, 2) dieser Satz fragweise genommen wird.

Sind wir aber so weit, so hat eine Emendation von Bynkershoek eine gewisse innere Nothwendigkeit, zumal da nicht einmal ein Buchstabe dadurch verändert wird: die Gemination des s in actiones: actiones. Set etc.

VI.

Von der Wirkung der Klagverjährung.

L. 37. D. de fideiuss. (46, 1): Si quis postquam tempore transacto liberatus est, fideiussorem dederit, fideiussor non tenetur, quoniam erroris fideiussio nulla est.

Ein Schuldner ist durch Ablauf der Zeit befreit, er giebt dessenungeachtet einen Bürgen, der Bürge haftet nicht, die Verbürgung ist nichtig. Man versteht dies von der Klagverjährung, die Stelle beweise, daß diese die obligatio vernichte, keine naturalis obligatio zurückbleibe, sonst würde die fideiussio gültig sein.

v. Savigny[1] glaubt auch, die Stelle müsse von der Klagverjährung verstanden werden. Der Bürge habe die exceptio temporis aus der Person des Hauptschuldners, also non tenetur (sc. cum effectu). Doch wird ein Irrthum desselben voraus-

1) System Bd. V. S. 398.

gesetzt. Wußte er von der abgelaufenen Verjährung, so hat er auf diese Einrede verzichtet. Darauf beziehe sich die Erwähnung des Irrthums.

Diese Erklärung ist aus folgenden Gründen unzulässig: 1) die Worte non tenetur können im Zweifel nicht von der bloßen exceptio temporis verstanden werden. 2) Dies wird bestätigt durch nulla am Ende, das wäre die fideiussio nach v. Savigny nicht. 3) Könnte das Geschäft nicht als erroris fideiussio bezeichnet werden, für eine Schuld, die bloß in der Vorstellung besteht. Dies zeigt, daß wir nulla streng verstehen müssen. 4) Die Voraussetzung, daß der Bürge die exceptio temporis habe, ist unrichtig. Die exceptio temporis geht nach der richtigen Ansicht, die auch v. Savigny hat, nur gegen die Klage, aber die Klage gegen den Bürgen ist nicht verjährt. Sollte sie dem Bürgen zustehen, so müßte sie gegen die Obligatio selbst gehen.

Die richtige Erklärung ist folgende: Es ist willkührlich, die Worte tempore transacto von der Klagverjährung zu verstehen. Wir denken bei einem solchen Ausdruck zuerst an dieses Institut und von unserem Standpunkt der allgemeinen Klagverjährung aus nicht mit Unrecht. Anders war es bei den römischen Juristen. Damals war sie die seltene Ausnahme, namentlich fand sie bei keiner von den Obligationen Statt, für die Bürgen bestellt zu werden pflegen (es sind meistens Delictsklagen, Klagen wegen besonderer Verletzungen u. dgl.).

Wenn es Fälle giebt, wo der Schuldner wirklich und erwiesen befreit wird durch Ablauf einer Zeit (ipso iure oder ope exceptionis), so müssen wir die Stelle in dubio von diesen verstehen. Daß tempore transacto liberatus im eigentlichen Sinn von der Klagverjährung gesagt werden kann, d. i. daß die Verjährung die Obligatio aufhebt, soll eben erst erwiesen werden; man kann aber etwas nicht beweisen durch eine Voraussetzung, deren Richtigkeit erst von jenem Beweis abhängt.

Das natürlichste ist, die Stelle von einer obligatio ad tempus zu verstehen. Nun hängt die Stelle vollkommen in sich zusammen. Der Bürge, der nach Ablauf der Zeit bestellt ist, haftet nicht, die Bürgschaft ist nichtig wegen Nichtexistenz der Obligatio. Daß sie in der Vorstellung des Bürgen existirte oder daß er auch aus einem Rechtsirrthum glaubte, man könne sich verbürgen für

eine aufgehobene Schuld, daß er also den ernstlichen Willen hatte, sich zu verpflichten, nützt nichts. Denn er verpflichtete sich doch nur als Bürge, und dies ist wesentlich eine accessorische Verpflichtung, setzt eine Hauptschuld voraus, eine wirkliche, nicht bloß in der Vorstellung existirende. Nicht ein Irrthum kann das Principale sein, man verbürgt sich nicht für einen Irrthum, erroris fideiussio nulla est.

L. 18. §. 1. D. de pec. const. (13, 5): Quod adiicitur, eamque pecuniam cum constituebatur debitam fuisse, interpretationem pleniorem exigit. Nam primum illud efficit, ut si quid tunc debitum fuit, cum constitueretur, nunc non sit, nihilominus teneat constitutum, quia retrorsum se actio refert. Proinde temporali actione obligatum constituendo Celsus et Iulianus scribunt, teneri debere, licet post constitutum dies temporalis actionis exierit. Quare et si post tempus obligationis se soluturum constituerit, adhuc idem Iulianus putat, quoniam eo tempore constituit, quo erat obligatio, licet in id tempus, quo non tenebatur.

Ulpian sagt: der Prätor fordert, daß die Schuld zur Zeit des Constitutum bestand. Daher ist es gleichgültig, ob die Schuld jetzt noch besteht, wenn sie nur damals bestand. Wenn daher ein Schuldner, der durch Ablauf einer gewissen Zeit befreit wird, constituirt, haftet er aus dem Constitutum auch nach deren Ablauf. Daher kann er auch ausdrücklich das Versprechen auf Zahlung nach dem Ablauf der Zeit richten.

Wenn wir die Stelle von der Klagverjährung verstehen, so paßt dies alles vollkommen im Resultat zum Uebrigbleiben einer obligatio naturalis; nur nicht in den Ausdrücken debitum non sit — non tenebatur. Ferner liegt ein Bedenken darin, daß Ulpian nicht auf die Fortdauer des naturale debitum seine Behauptung gründet, sondern auf die besondere Natur des Constitutum.

Aber Ulpian sagt stillschweigend noch etwas anderes, nämlich daß das Constitutum nach Ablauf des tempus obligationis geschehen ungültig sei, und dies konnte nicht auf die naturalis obligatio zurückgeführt werden.

Müssen wir indessen die Stelle von der Klagverjährung verstehen? Diese Annahme läge allerdings näher als bei der ersten Stelle, es könnte z. B. eine prätorische Strafklage gemeint sein.

Aber ein temporali actione obligatus kann auch der genannt werden, welcher in einer obligatio ad tempus steht, wie ex lege Furia die sponsores et fidepromissores biennio liberantur.[2] Ja bloß von einem solchen kann gesagt werden post tempus obligationis, da bei der Klagverjährung die Zeit doch zunächst der Klage gesetzt ist (was selbst die anerkennen, welche heutzutage noch in der Wirkung eine Ausdehnung behaupten), so daß diese Annahme, welche schon an sich wenigstens ebenso gut ist, als die andere, dadurch die wahrscheinlichere wird. (Ferner die Worte: eo tempore, quo erat obligatio, ein römischer Jurist hätte gesagt: actio, wenn von der Klagverjährung die Rede ist.)

Wahrscheinlich war dies eine sehr gewöhnliche Anwendung des constitutum debiti proprii, um die Befreiung des Sponsor zu verhüten. Vielleicht hatte auch Ulpian noch den Fall angefügt, daß der Constituent stirbt, weil durch den Tod der Sponsor oder Fidepromissor befreit wird. Daraus würde es sich erklären, daß er nicht ausdrücklich von dem Constitutum nach der Aufhebung der Obligatio spricht; dies war in diesem letzteren Fall nicht möglich.

Temporali actione obligatus also heißt nicht: ein Schuldner, gegen den eine verjährbare Klage stattfindet, sondern soviel als ad tempus obligatus. Ein ähnlicher Ausdruck kommt noch einmal in diesem Titel vor L. 1. §. 8. D. de pec. const. (13, 5). Qui honoraria actione, non iure civili obligatus est. Hier ist offenbar kein Gewicht auf die actio gelegt, sondern die Worte bedeuten soviel als iure honorario, oder honoraria obligatione. So ist auch dort der Ausdruck zu verstehen, heißt also soviel als temporalis obligatio. Diese Hervorhebung der actio im Ausdruck hat den Grund, daß die Wirkung des Constitutum eben die ist, neben der alten Klage noch eine neue, die actio constitutoria zu geben.

VII.

Von der Beweislast im praeiudicium.

L. 12. D. de except. (44, 1): Generaliter in praeiudiciis is actoris partes sustinet, qui habet intentionem secundum id, quod intendit.

Diese Stelle scheint auf den ersten Blick tautologisch. Der Nachdruck liegt aber auf secundum, dadurch verliert sie diesen

2) Gaius III. §. 121.

Schein. Ferner muß auch das erste intentionem eine andere Intention sein, als das zweite intendit.

Der Fall ist folgender. Einer angestellten Klage wird die exceptio quod praeiudicium non fiat entgegengesetzt. Der Beklagte fordert, daß vor dem gegenwärtigen ein anderes iudicium eingeleitet werde, welches das praeiudicium sein müsse, z. B. der mit der actio communi dividundo Belangte behauptet alleiniger Eigenthümer, oder der mit der confessoria in rem actio Belangte behauptet Eigenthümer des angeblichen praedium dominans zu sein. Es kommt zum Präjudicium, der Eigenthumsproceß wird eingeleitet. Wer hat nun hier als Kläger aufzutreten und mithin die Beweislast? Man könnte denken, der frühere Beklagte, der ja zu diesem Proceß provocirt hat. Keineswegs. Der Jurist giebt eine allgemeine Regel: der ist Kläger im praeiudicium, dessen intentio im Nachproceß von der Wahrheit der intentio im Vorproceß abhängt. Also qui habet intentionem in iudicio secundum id, quod intendit in praeiudicio.

Die Stelle ist aus Ulpian. lib. XXXVIII. ad ed. Aus demselben Buche ist L. 6. D. si ingen. (40, 14): Quoties de hoc contenditur, an quis libertus sit, sive operae petantur, sive obsequium desideretur, sive etiam famosa actio intendatur, sive in ius vocetur, qui se patronum dicit, sive nulla causa interveniat, redditur praeiudicium. Sed et quoties quis libertinum quidem se confitetur, libertum autem Caii Seii se negat, item praeiudicium datur; redditur autem alterutro desiderante. Sed actoris partibus semper, qui se patronum dicit, fungitur, probareque libertum suum necesse habet, aut si non probet, vincitur. — Wahrscheinlich ist diese Stelle mit der vorigen zusammenhängend. Hier wird gesagt: bei dem Präjudicium über die Ingenuität ist immer der angebliche Patron Kläger, weil stets von Ansprüchen die Rede ist, die er erhebt, und deren Begründung von seinem Patronatrecht abhängt z. B. operae, oder Strafe wegen in ius vocatio etc. Weil — hier fügte Ulpian jene allgemeine Regel am Schluß hinzu — generaliter enim in praeiudiciis is actoris partes sustinet, qui habet intentionem (sc. in iudicio) secundum id, quod intendit (sc. in praeiudicio).[1]

1) (Die angeführten Beispiele si obsequium desideretur, sive in ius vocetur und die Zulassung des Präjudiciums alterutro desiderante be=

VIII.

Von der exceptio rei iudicatae gegen dingliche Klagen.

L. 27. D. de exc. rei iud. (44, 2): Cum de hoc, an eadem res est, quaeritur, haec spectanda sunt: personae, id ipsum de quo agitur, causa proxima actionis. Nec iam interest, qua ratione quis eam causam actionis competere sibi existimasset, perinde ac si quis posteaquam contra eum iudicatum esset nova instrumenta causae suae reperisset.

Die exceptio rei iudicatae findet statt, wenn die rechtskräftig schon entschiedene Rechtssache wieder zum Gegenstande eines Rechtsstreits gemacht wird. Die Identität der Sache bestimmt sich nach drei Merkmalen: personae, id ipsum de quo agitur, causa proxima actionis. Was heißt causa proxima actionis? Aus dem folgenden ergiebt sich: das Recht, welches der Grund der Klage ist. Dieses wird in iudicium deducirt, nicht der Erwerbsgrund des Rechts; z. B. Eigenthum, nicht Tradition ꝛc. Dieser kann ein anderer sein, ohne die Exceptio unstatthaft zu machen.

L. 11. §. 1. 2. 4. 5. eod.: Denique et Celsus scribit, si hominem petiero, quem ob eam rem meum esse existimavi, quod mihi traditus ab alio est, cum is ex hereditaria causa meus esset, rursus petenti mihi obstaturam exceptionem. Si quis autem petat fundum suum esse eo quod Titius eum sibi tradiderit, si postea alia ex causa petat, causa adiecta non debet summoveri exceptione. — — Eandem causam facit etiam origo petitionis. Ceterum si forte petiero fundum vel hominem, mox alia causa nova post petitionem mihi accesserit, quae mihi dominium tribuat, non me repellet ista exceptio. — — Itaque adquisitum quidem postea dominium aliam causam facit, mutata autem opinio petitoris non facit. Utputa opinabatur ex causa hereditaria se dominium habere, mutavit opinionem et coepit putare ex causa donationis, haec res non parit petitionem novam. Nam qualecunque et unde-

---

weisen, daß der Satz mit der exceptio ne praeiudicium fiat nicht unmittelbar zusammenhängt und die Worte habet intentionem nur die allgemeine Bedeutung einer juristischen Absicht (voluntatis intentio) haben, wie in L. 77. §. 26. D. de leg. II. (31), L. 10. D. de alim. leg. (34, 1). A. d. H.)

cunque dominium adquisitum habuit, vindicatione prima in iudicium deduxit. (Ulpian.).

Der Eingang giebt ein Beispiel zu dem vorhin erwähnten Satz.

Si quis autem — exceptione. Ein anderes ist es bei dem dominium postea adquisitum. Hier ist es nicht die alia causa adquirendi, welche die Exceptio ausschließt, diese könnte sogar dieselbe sein, sondern die alia causa petendi, ein anderes Eigenthum.

Lange Zeit hatte man diese Worte auf eine fast unbegreifliche Weise mißinterpretirt und darauf hin behauptet: wenn jemand in der Klage gesagt hätte, seine Erwerbsart sei diese, so könne er nachher aus einer anderen Erwerbsart wieder klagen. Man könne sich also durch Anführung einer bestimmten Erwerbsart die Wiederholung der Klage salviren, also aus Einem Processe einige Dutzend machen.

Diese Erklärung ist, abgesehen von inneren Gründen, unmöglich: 1) dies bildet gar keinen Gegensatz zu dem vorhergehenden. 2) Man setzt voraus, in der früheren Klage sei die Erwerbsart angegeben, also das eo quod etc. in die Intentio gesetzt worden. Dies müßte ganz deutlich gesagt sein, weil darauf gerade der Unterschied von dem vorigen Fall beruht; dies ist aber offenbar nicht der Fall, von der ausdrücklichen Erwähnung in der Klage wird nichts gesagt. Aber es geschah auch nicht in der formula petitoria (si quis petat etc.), diese lautete: si paret fundum actoris esse ex i. q., die Bezeichnung der Erwerbsart fand keinen Platz; 3) man setzt voraus, in der neuen Klage sei dasselbe geschehen, davon glaubt man die Worte adiecta causa verstehen zu müssen. Hätten sie diese Bedeutung, so müßten sie bei der Erwähnung der ersten Klage stehen. Aber adiecta causa kann dies nicht heißen, weil sonst das Komma hinter causa zu denken wäre, dann würde der Jurist gesagt haben: si postea alia ex causa causa adiecta petat, wie er gewiß nicht geschrieben hätte. Adiecta causa heißt, es ist eine causa hinzugekommen, postea adquisitum dominium.

Dies wird auf das vollkommenste durch das Folgende bestätigt. Die origo petitionis macht nicht eine Verschiedenheit der causa. Das würde aber der Fall sein, wenn sie nur in der Klage erwähnt würde.

Nam qualecunque etc. Der Jurist kann unmöglich geglaubt haben, das Verhältniß sei ein anderes, wenn die causa adquirendi erwähnt worden wäre. Es ist kein hypothetischer Grundsatz, den er ausspricht, sondern ein absoluter, der aus der Natur der Eigenthumsklage folgt.

L. 14. §. 2. D. de exc. rei iud. (44, 2): Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur, at cum in rem ago, non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur. Neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest. (Paul.).

Singulas obligationes etc. Der Sinn dieser Worte ist: aus jeder Obligirung geht eine besondere causa obligationis, obligatio im zuständlichen Sinn, hervor.

non expressa causa. Man versteht sie facultativ und wendet das argumentum a contrario an. Dies ist unmöglich, wenn Paulus nicht ein sehr elender Schriftsteller war. Die These enthält eine Nothwendigkeit, denselben Charakter muß die Antithese haben. Dies wird bestätigt durch den Grund am Ende (neque enim etc.), hier wird der Unterschied auf seinen materiellen Grund zurückgeführt, und unzweifelhaft als ein durchgreifender, von der Willkühr unabhängiger dargestellt. Nach jener Meinung müßte man dem Paulus die Absurdität unterlegen: expressa causa kann eine Sache mehrmals mein sein.

Schon daß Paulus diesen materiellen Grund angiebt, entscheidet die Frage definitiv, der Grund kann sonach nicht in einer äußerlichen Form liegen. Paulus unterstützt allerdings jenen materiellen Grund durch einen formellen. Er sagt, die Zusammenfassung aller causae adquirendi tritt schon in dem Umstand anschaulich hervor, daß in der Formel diese causa ex qua rem meam esse dico nicht ausgedrückt wird, weil sie nicht, wie bei der in personam actio die Obligirung, zum Recht mitgehört.

Der Sinn seiner Worte ist also: wenn man eine dingliche Klage anstellt, so umfaßt man, ohne die causa auszudrücken, alle causae durch dieselbe Klage.[1]

1) (Der Ansicht des Verf. steht, von anderen Gegengründen abgesehen, die L. 7. §. 2. D. de H. P. (5, 3) entgegen, die von demselben Juristen, wie

IX.

Von der Rechtsfähigkeit des Filiusfamilias.

Die väterliche Gewalt hat den Einfluß, daß sie den Unterworfenen des activen Vermögens beraubt, nach neuerem Recht wenigstens des selbstständigen Vermögens, der Disposition darüber. Dies ist der einzige Grund, aus dem die Filiifamilias in der Rechtsfähigkeit gemindert sind. Hieraus folgt:

1) Soweit Filiifamilias selbstständigen Vermögens ausnahmsweise fähig sind, stehen sie ganz wie Patresfamilias.

2) Die Beschränkung erstreckt sich nicht auf die Rechte, die nicht Vermögensrechte sind, nicht auf die öffentlichen und die reinen Familienrechte.

L. 9. D. de his, qui sui vel alieni iuris sunt (1, 6): Filiusfamilias in publicis causis loco patrisfamilias habetur, veluti si magistratum gerat vel tutor detur.

In dieser Stelle wird in Beziehung auf die Fähigkeit des Filiusfamilias, zum Tutor bestellt zu werden, ausgesprochen: er ist der auctoritas, in der er gewissermaßen Repräsentant des Staates ist, so gut fähig als ein Paterfamilias.

3) Schuldner kann ein Filiusfamilias sein, so gut wie ein Paterfamilias. Es ist eine bloße Ausnahme, wenn in gewissen Fällen seiner Verpflichtung die Wirkung oder vollkommene Wirkung entzogen ist, so nach dem S. C. Macedonianum.

L. 39. D. de O. et A. (44, 7): Filiusfamilias ex omnibus causis tanquam paterfamilias obligatur et ob id agi cum eo tanquam cum patrefamilias potest.

ex omnibus causis heißt nicht: überall, denn dies wäre nicht richtig, sondern wörtlich: ohne Unterschied der Obligationsgründe, also ex delicto, ex contractu, quasi ex contractu, auch durch gerichtliche Acte. Nicht also etwa bloß ex iure gentium,

---

L. 11. de exc. rei iud. (44, 2) herrührt. Ein angeblicher Sclave ist bei Lebzeiten und im Testament des Herrn freigelassen und instituirt worden. Die zweite causa soll erst in Verbindung mit der Erbschaftsklage, die erste dagegen sofort vorgebracht werden: dummodo praedicatur iudici liberalis causae ne ullum adminiculum libertatis ex testamento admittat. Der Zweck dieser Prädiction ist freilich nicht, die Deduction des ersten Klagegrundes, sondern das Präjudiz der Erbschaftsklage L. 7. pr. D. de H. P. (5, 3) auszuschließen. Indeß beweist sie doch, daß bei Klagen in rem Theilung der Entstehungsgründe mittelst eines Vorbehalts möglich war. Der Vervielfältigung der Processe war durch ein anderes Mittel (Gai. IV §. 122) vorgebeugt. Vergl. Dernburg, Verh. der her. pet. zu den erbsch. Singularklagen (1852) S. 31. A. d. H.)

sondern auch ex iure civili. — Dadurch wird der Nachsatz erklärt: ob id d. h. eben darum wird er auch durch Litiscontestation und res iudicata obligirt.

4) Gläubiger kann der Filiusfamilias nicht sein, auch keine Klage anstellen. Doch hat dies in gewissen Fällen Ausnahmen z. B. actio iniuriarum, depositi, commodati.

L. 13. D. eod.: In factum actiones etiam filiifamiliarum possunt exercere.

Diese Stelle ist nicht so zu verstehen, als ob der Filiusfamilias alle in factum actiones anstellen könnte, sondern nur, daß er keine formula in ius concepta gebrauchen kann. Wo er zu einer Klage zugelassen wird, ist dieselbe in factum zu concipiren.

Seinen Klagen steht 1) ein materielles Hinderniß engegen, er hat kein actives Vermögensrecht. Davon giebt es einige Ausnahmen; 2) ein formelles, wenn die Klage in ius concipirt worden wäre. Dies wird vermieden bei in factum actiones: si paret A. A. apud N. N. deposuisse.

X.

Von der Bedeutung der civilis possessio.

L. 1. §. 9. 10. D. de vi (43, 16): Deiicitur is, qui possidet, sive civiliter sive naturaliter possideat: nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet. Denique et si maritus uxori donavit, eaque deiecta sit, poterit interdicto uti, non tamen, si colonus.

Deiicitur, Bezeichnung des Klägers mit dem interdictum de vi.

civiliter — naturaliter. Nach der sonst gewöhnlichen Bedeutung dieser Ausdrücke würde jenes einen Besitz anzeigen, der im ius civile anerkannt d. h. mit einer Wirkung versehen wird, „in der Weise des Civilrechts". Dies ist der Fall beim Usucapionsbesitz. Ein solcher ist freilich besonders benachtheiligt durch die vis, da ihm die Usucapion unterbrochen wird, aber dennoch ist das Interdict nicht darauf beschränkt.

Naturaliter heißt in diesem Gegensatz, was zwar rechtliche Wirkung hat, aber keine civilrechtliche. Hier also eine possessio (im eigentlichen Sinn), welche nicht zur Usucapion führt, also der einfache juristische Besitz, der Interdictenbesitz, die Interdicte sind nicht iuris civilis. (Thibaut sagte zwar: sie gehören dem posi-

tiven Recht, nicht dem Naturrecht an! Es fehlt nur der Nachweis, daß die Römer diesen Gegensatz gekannt und so ausgedrückt haben.) Nicht hierher gehört die Detention, denn diese ist nicht possessio im eigentlichen Sinn. Einen vollkommenen Gegensatz bilden nur zwei Arten des juristischen Besitzes, nicht eine Art des juristischen Besitzes und sonstiger juristischer Besitz nebst Detention. Uebrigens wenn auch unter naturalis possessio hier (in diesem Gegensatz) die Detention mitzubegreifen wäre (also naturaliter rein als Negation genommen würde), so würde daraus nicht folgen, daß aller Nichtcivilbesitz das Interdict bewirkt.

poterit, nämlich uxor, nicht maritus, schon nach der Construction, der maritus ist nicht mehr Besitzer, weder civilis noch naturalis. Das Beispiel ist vollkommen passend, die Frau ist nicht in conditione usucapiendi, aber sie hat possessio.

si colonus sc. deiectus sit, poterit interdicto uti. Der Colonus ist überhaupt nicht possessor, weder civilis noch naturalis (in diesem Sinn). Schon sprachlich ist es unmöglich so zu ergänzen: wenn der Pächter dejicirt ist, hat nicht der Verpächter, sondern er selbst das Interdict.

L. 1. §. 2. D. pro don. (41, 6): Si inter virum et uxorem donatio facta sit, cessat usucapio. Item si vir uxori rem donaverit, et divortium intercesserit, cessare usucapionem, Cassius respondit, quoniam non possit causam possessionis sibi ipsa mutare; alias ait, post divortium ita usucapturam, si eam maritus concesserit, quasi nunc donasse intelligatur. Possidere autem uxorem rem a viro donatam, Iulianus putat.

Dies ist eine vollkommene Bestätigung der Erklärung der vorigen Stelle. Mit Klarheit ergiebt sich, was dort unter civilis und naturalis possessio verstanden ist. Man vergleiche damit noch L. 26. de don. inter. vir. et ux. (24, 1): licet illa iure civili possidere non intelligatur. (Thibaut hält dies für eine Leugnung des Besitzes, daher für eine Antinomie. Es wäre eine unglaubliche Verkehrtheit, der Frau die possessio abzusprechen, dem Dieb dieselbe zuzuerkennen.)

L. 3. §. 15. D. ad exhib. (10, 4): Sciendum est, adversus possessorem hac actione agendum, non solum eum, qui civiliter, sed et eum qui naturaliter incumbat possessioni, denique creditorem, qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet.

Man hat gesagt, in dieser Stelle könne nicht der Usucapionsbesitz gemeint sein, denn darauf komme doch gewiß, auch scheinbar, nichts bei der actio ad exhibendum an. Man hat darauf und auf ähnliche Stellen die Behauptung gegründet: civilis possessio heiße weder der Usucapionsbesitz, noch auch schlechtweg aller juristische Besitz, sondern der Besitz mit dem animus domini, naturalis possessio der abgeleitete Besitz, überhaupt der Besitz ohne animus domini.

Jene Prämisse ist falsch. In L. 7. §. 3. D. ad exhib. (10, 4) (aus demselben Buch) heißt es: juristische Personen können mit der actio ad exhibendum belangt werden, denn sie können besitzen und usucapiren. Dies beweist, daß der Jurist wirklich bei der actio ad exhibendum an die Usucapion dachte, daß darauf etwas ankommen konnte. Der Gedanke ist: die Klage, wie die durch sie vorbereitete Vindication, wird sehr häufig zu dem Zweck gebraucht werden, um einer fremden Usucapion zuvorzukommen. Unsere Stelle sagt daher: der Beklagte ist, obwohl die Klage häufig jenen Zweck haben wird, doch nicht bloß der Usucapionsbesitzer (civilis possessor), sondern auch jeder andere Besitzer, auch der einfach juristische Besitzer. Als Beispiel wird genommen der Pfandgläubiger, weil dieser gewiß niemals Usucapionsbesitzer ist. — Gerade also von unserer Ansicht aus allein erklärt sich die Stelle vollkommen. Was in L. 7. §. 3. Dig. cit. et usucapere posse, das heißt in unserer civiliter possidere.

XI.

Von der Ergänzung des Besitzwillens bei Kindern.

L. 32. §. 2. D. de adqu. vel amitt. poss. (41, 2): Infans possidere recte potest, si tutore auctore coepit, nam iudicium infantis suppletur auctoritate tutoris. Utilitatis enim causa hoc receptum est, nam alioquin nullus sensus est infantis accipiendi possessionem. Pupillus tamen etiam sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest. Item infans peculiari nomine per servum possidere potest. (Paul.)

Die Erwerbung des Besitzes durch einen impubes infantia maior hat keine Schwierigkeit. Einem infans dagegen fehlt die Möglichkeit der affectio tenendi, des Besitzwillens. Auch wenn er schon in dem Alter steht, daß ihm natürlicher Wille nicht

durchaus abgesprochen werden kann, so ist dies noch nicht der beharrliche entschiedene Wille, den wir für den Besitz fordern müssen. In einem Fall ist dies kein Hinderniß: der infans erwirbt den Besitz durch den Sklaven peculiari nomine, weil dazu der Wille nicht erforderlich ist. Dasselbe ist verstattet worden, wenn der Vormund für das Kind Besitz erwirbt; dies ist gegen die Regel zugelassen worden, wonach der Repräsentirte sonst nur im Corpus vertreten werden kann. Es giebt aber noch einen dritten Fall, Besitzerwerb durch ein Kind auctore tutore, und auf diesen bezieht sich die obige Stelle.

Infans — tutoris. Die Auctoritas tritt hier nicht in ihrer gewöhnlichen Function auf, wo sie zu einer vollkommenen natürlichen Handlung hinzutritt; hier soll sie eine unvollkommene natürliche Handlung ergänzen. Das iudicium wird supplirt, das ist sonst nicht die Function des Tutors. — v. Savigny erklärt die Stelle so, als werde dieser Erwerb auf den durch den Vormund reducirt, auch die auctoritas des gegenwärtigen Vormundes sei ein solcher, ob der Vormund selbst apprehendire oder das Kind apprehendiren lasse, sei gleich, in beiden Fällen habe der Vormund durch das Kind Besitz erworben. Diese Erklärung ist unmöglich, weil dann von keiner Supplirung des Judiciums die Rede zu sein brauchte.

Utilitatis — possessionem. Es ist eine Singularität, denn die Anwendung der Function der auctoritas ist eine ganz andere, sie setzt die natürliche Handlung voraus, den sensus accipiendi possessionem in dem Kinde, dieser aber fehlt ja, und soll erst durch die Auctoritas supplirt werden, das ist die Singularität. Alioquin heißt also: abgesehen von diesem receptum.

Nach v. Savigny soll das alioquin auf den ersten Satz gehen: wenn wir jenen Erwerb auctore tutore nicht annehmen, so könnte auch der Vormund selbst nicht für das Kind Besitz erwerben (was doch entschieden ist), weil das Kind auch hier zustimmen müßte, der Regel nach. Um dies ausgedrückt zu finden, zieht er die Lesart einiger Manuscripte vor: *con*sensus — accipien*ti*. Vor allem wäre dies eine dunkle und harte Redeweise, ferner würde ein auch vermißt und die Voranstellung des accipienti (nam alioquin neque accipienti possessionem tutori consentire infans potest). Endlich stimmt, wie vorhin ge=

zeigt worden ist, diese Auffassung nicht mit dem Anfang der Stelle überein. Wir würden eine verständliche Rede gegen eine unverständliche aufgeben, um ein Resultat zu erhalten, welches dem Vorhergehenden nicht entspricht.

L. 3. C. de adqu. poss. (7,32): Donatarum rerum a quacunque persona infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur. Quamvis enim sint auctorum sententiae dissentientes, tamen consultius videtur interim, licet animi plenus non fuisset affectus, possessionem per traditionem esse quaesitam; alioquin (sicuti consultissimi viri Papiniani responso continetur) nec quidem per tutorem possessio infanti poterit adquiri. —

Donatarum — quaeritur. Von irgend jemanden, sei es auch von einem ganz Fremden, wird einem Kinde etwas geschenkt, es wird ihm übergeben, das Kind wird Besitzer. Wie sollen wir das verstehen? Manche behaupten: dieser Fall sei eine reine Singularität. Das ist höchst unwahrscheinlich, ja unmöglich, da im Folgenden ein innerer Grund angegeben wird. v. Savigny meint: man müsse die auctoritas tutoris hinzudenken. Das wäre eine immense Reticenz, gerade das Wesentliche des Factums ganz zu verschweigen. Meine Erklärung der Stelle, aus der Natur des Verhältnisses, ist folgende: Man hat eine Ergänzung des animus zugelassen durch die Auctoritas des Tutors. Wie nun, wenn es nicht der Tutor ist, sondern eine andere Person, der Schenker selbst? Gewiß kann dieser eben so bestimmend auf den Animus des Kindes einwirken, wie der Vormund. Und es handelt sich ja nur um diese natürliche Autorität, nicht um die juristische, die freilich nur dem Tutor zukommt. Jenen natürlichen Einfluß auf den Vormund zu beschränken, wäre ganz inconsequent, wir müssen ihn auch der natürlichen Autorität eines Schenkers gegenüber dem Beschenkten zuschreiben.

So hat also der Ausspruch einen sehr guten Sinn, ohne daß wir etwas hinzusetzen, eine Erklärung, die sich zugleich auf dem natürlichen Standpunkt des Besitzes hält, und darum vor allen anderen den Vorzug verdient. Damit stimmt das Wort corpore quaeritur überein. Es läßt sich doppelt erklären: 1) das corpus ist vollständig, der animus nicht; 2) corpus des Kindes, nicht des Vormundes.

Aber auch die folgende Ausführung bestätigt diese Erklärung.

Interim. Die Juristen waren verschiedener Meinung.

Manche wollten jetzt noch nicht Besitzerwerb eintreten lassen, sondern erst, wenn das Kind den plenus animi affectus erhalte. Dies verwirft der Kaiser, es sei auch nicht gleichgültig, ob früher oder später der Erwerb einträte. Interim bedeutet den gegenwärtigen Zeitpunkt der Tradition im Gegensatz zu einem künftigen Momente. Dieser künftige Moment ist der plenus animi affectus, also die Ueberschreitung der infantia. Auch dadurch wird die v. Savigny'sche Ansicht beseitigt; nach dieser, welche die auctoritas tutoris voraussetzt, würde der künftige Moment der sein, wo keine auctoritas mehr stattfindet, also die Pubertät (dies nimmt auch v. Savigny an). Dies ist aber nicht der Zeitpunkt, welchen das Rescript selbst angiebt.

Alioquin rc. Wollten wir auf den plenus animi affectus warten, so würde nicht einmal durch den Vormund Besitz erworben werden können. Denn auch dazu würde ja, streng genommen, der plenus affectus des Kindes gehören. Dieses per tutorem steht offenbar im Gegensatz zu a quacunque persona.[1] Nach v. Savigny wäre der Gegensatz von per tutorem der: tutore auctore, der in der ganzen Stelle nicht ausgedrückt sein würde. Ein solcher Nachdruck auf per tutorem, daß dadurch ein stillschweigender Gegensatz gegeben würde, ist unmöglich.

XII.

Von der Ausschließlichkeit des Besitzes.

L. 32. §. 2. D. de usurp. (41, 3): Incertam partem possidere nemo potest. Ideo si plures sint in fundo, qui ignorent, quotam quisque partem possideat, neminem eorum mera subtilitate possidere Labeo scribit.

Incertam — potest. Es ist nicht von einem locus, son-

---

1) (Vergl. hiergegen Note c zu §. 127 des Lehrbuchs. Die Worte a quacunque persona haben vielmehr folgende Bedeutung: Ist die Schenkung von einer non excepta persona geschehen, so ist die traditio vacuae possessionis nur wichtig, um die Anfechtung durch exceptio legis Cinciae gegen die Vindication zu beseitigen; ist der Schenker eine excepta persona, so kann sie (bei nec mancipi res) sogar zum Eigenthumserwerb erforderlich sein. Fragm. Vat. §. 293. 310. 311. Nun ist aber schon jener erstere Punkt bedeutend genug, um den Besitzerwerb anzunehmen, wenn die traditio vacuae possessionis gegen die Regel L. 26. C. de don. (8, 54) an einen Infans allein geschehen ist. Deshalb kommt auf das persönliche Verhältniß des Schenkers zum Beschenkten bei der Zulassung eines Besitzerwerbes solo corpore nichts an. A. d. H.)

dern von einer possessio quota die Rede. Zu diesem Mitbesitz gehört nicht bloß die Existenz der partes quotae, sondern auch das Bewußtsein des Besitzers davon. Ich kann Eigenthümer ohne dieses Bewußtsein sein, aber nicht Besitzer. Z. B. Mehrere haben ein Grundstück gemeinschaftlich gekauft und tradirt erhalten. Ihre Antheile haben sie von den Beiträgen abhängig gemacht, diese aber zu ermitteln hängt noch von einer sonstigen Berechnung unter ihnen ab.

Schwierigkeit macht der zweite Theil der Stelle. Warum verwirft Pomponius die Meinung des Labeo als eine mera subtilitas, sie scheint doch ganz consequent. Dem ist nicht so. Labeo hat so geschlossen: Jeder würde nur zu einem Theil besitzen. Keiner besitzt zu einem Theil, weil es noch eine incerta possessio ist. Also ist überhaupt keiner Besitzer, und sie können sich daher auf keine Usucapion berufen, mögen sie auch noch so lange im Grundstück gewesen sein.

Der Fehler liegt darin, daß aus der Prämisse, daß keiner zum Theil besitzt, geschlossen wird, alle seien Nichtbesitzer.

Aus dem Princip folgt nur, daß wir keinen als Besitzer zu einem quoten Theil bezeichnen können. Dies wird wirksam, wenn es sich um das abgesonderte Interesse eines von ihnen handelt, z. B. wenn sie gegen einander auftreten.

Wenn sie aber gemeinschaftliche Sache machen gegenüber einem Dritten, so muß behauptet werden, daß in ihnen allen zusammen die Elemente des Besitzes sich finden (wenn auch nicht eines abgesonderten, gegen einander selbstständigen Besitzes). Was ihnen fehlt, hindert nicht den Besitz des Ganzen dem Dritten gegenüber. Also ihrer Usucapion wird ihre Nichtkenntniß nicht entgegenstehen.[1]

---

1) (Die Voraussetzung des Verfassers, daß Pomponius die Meinung des Labeo als eine tadelnswerthe Subtilität verwerfe, ist, wie Böcking, Einl. in die Pandekten 1853 (Anm. zu §. 129 Note 6) mit Recht bemerkt, unhaltbar 1) wegen L. 6. §. 1. D. pro emt. (41, 4), welche aus demselben Buch des Pomponius herrührt, 2) weil mera subtilitate zu possidere, nicht zu Labeo scribit gehört. Böcking's Erklärung dieses mera subtilitate „in abstracter Vorstellung, ἀορίστως," würde zwar sachlich nichts gegen sich haben, denn darin eben liegt der Grund, weshalb Niemand besitzt. Sie ist aber 1) mit der Construction nicht ohne Zwang vereinbar: wenn Niemand unter den Socii (eorum) in abstracter Vorstellung besitzt, so würden alle besitzen, welches Labeo eben leugnet, 2) hat sie den juristischen Sprachgebrauch gegen sich: mero iure, ratione, subtilitate, iure subtili heißt „im Rechtssinne, juristisch," im Gegensatz der unjuristischen Auffassung des gemeinen Lebens: L. 16. pr. D. de min. (4, 4), L. 36.

XIII.

Von der Wirkung der Resolutivbedingung auf das Eigenthum.

Jede Bedingung macht ein Rechtsgeschäft oder Rechtsverhältniß von einem künftigen ungewissen Umstand abhängig, entweder der Anfang (Suspensivbedingung), oder die Aufhebung (Resolutivbedingung).

Die Bedingung, wenn sie eintritt, wirkt:

1) ipso iure; bei der Resolutivbedingung vernichtet sie das Recht. Wenden wir dies auf das Eigenthum an, das mit einer Resolutivbedingung übertragen ist, so hört der Eigenthümer ipso iure auf, es zu sein; es bedarf keiner sonstigen Endigungsart, das Eigenthum fällt an den zurück, der es hatte, es bedarf keiner Zurückgabe. Ganz anders ist es bei einem Endtermin, hier ist bloß eine persönliche Klage auf Zurückgabe gegeben.

2) rückwärts; die Resolutivbedingung soll das Recht so aufheben, wie wenn es nie gegeben gewesen wäre, dies ist der Intention der Parteien gemäß. Also hört das Eigenthum auf, wie wenn es nie bestanden hätte, die Dispositionen, die gemacht worden sind, werden vernichtet. Auch dies ist ganz anders bei einer Zeitbestimmung.

Pendente conditione dagegen besteht das Recht mit allen Wirkungen, der revocable Eigenthümer hat die Vindication, die Veräußerung, totale und partielle, aber existente conditione werden diese Dispositionen ungültig.

Alles dies bestätigen die folgenden Stellen, von denen mehrere Zweifel erregt haben. Die früher versuchte Unterscheidung von verba directa und indirecta ist völlig unerfindlich.

L. 66. D. de R. V. (6, 1): Non ideo minus recte quid

D. de adm. tut. (26,7), L. 4. §. 27. D. de usurp. (41, 3), L. 22. §. 3. D. mand. (17,1), L. 24. §. 10. D. de fid. lib. (40, 5), L. 12. §. 5. D. de captiv. (49, 15), L. 36. D. de V. O. (45, 1), L. 30. C. de iure dot. (5, 12); läuft die juristische Betrachtung in eine tadelnswerthe Spitzfindigkeit aus, so wird ein Zusatz, wie nimia subtilitas, iuris scrupulositas, nimia diligentia nöthig L. 4. §. 2. D. de man. test. (40, 4), L. 12. pr. D. de iniust. (28, 3), L. 59. §. 1. D. de J. D. (23, 3), L. 88. §. 17. D. de leg. II. (31). Der Sinn der Stelle ist demnach: „obgleich nach der Ansicht des gemeinen Lebens sämmtliche Socii zu besitzen scheinen könnten, so besitzt gleichwohl, wie Labeo (mit Recht) bemerkt, im Rechtssinn Niemand.“ A. d. H.)

nostrum esse vindicabimus, quod abire a nobis dominium speratur, si conditio legati vel libertatis exstiterit.

Conditio legati ꝛc. Für den Erben ist sie Resolutivbedingung.

L. 41. pr. D. de R. V. (6, 1): Si quis hac lege emerit, ut si alius meliorem conditionem attulerit, recedatur ab emtione, post allatam conditionem iam non potest in rem actione uti. Sed et si cui in diem addictus sit fundus, antequam adiectio sit facta, uti in rem actione potest, postea non poterit.

Zwei Fälle sind in dieser Stelle gegeben. Der erste hat denselben Inhalt wie die in diem addictio (der zweite). Der Unterschied liegt nur in der Bestimmung eines Tages. Es wird dies hervorgehoben, weil man dies leicht für einen Endtermin halten könnte (Ueberlassung des Eigenthums auf eine bestimmte Zeit); aber es ist kein dies certus, sondern, wegen der Verbindung mit dem ungewissen Umstand eines besseren Käufers, ein incertus, also eine Bedingung. — Wichtig ist dies auch, weil die Stelle zeigt, daß es auf die gebrauchten Worte nicht ankommt (recedatur etc. wären verba indirecta).

L. 3. C. de pactis inter emt. (4, 54): Qui ea lege praedium vendidit, ut nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se reverteretur, si non precariam possessionem tradidit, rei vindicationem non habet, sed actionem ex vendito.

Diese Stelle hat vornehmlich Anstoß gegeben. Man glaubte in ihr den Satz zu finden, der Verkäufer habe ungeachtet der Resolutivbedingung nur die persönliche Klage. Man hat verschiedene Erklärungen versucht, die aber ohne Halt sind. In der That hat die Stelle keine Schwierigkeit. Es wird nur darauf ankommen, die Frage, von welcher Zeit sie spricht, richtig zu beantworten. Spricht sie von der Zeit nach der Existenz der Bedingung, so ist sie allerdings im Widerspruch mit den anderen Stellen, bezieht sie sich aber auf die Zeit vor der Existenz der Bedingung, so ist sie vollkommen damit im Einklang (vergl. L. 41. pr., L. 66. D. de R. V. 6, 1).

Der Fall ist folgender: der Käufer des Grundstücks fängt an, dasselbe mittlerweile zu deterioriren, seine Insolvenz ist wahrscheinlich. Welche Hülfe hat der Verkäufer? Dies ist die Frage, welche die Stelle beantwortet.

L. 4. C. de pact. inter emt. (4, 54): Commissoriae venditionis legem exercere non potest qui post praestitutum pretii solvendi diem non vindicationem rei eligere, sed usurarum pretii petitionem sequi maluit.

Die Stelle ist dadurch wichtig, weil es hier auf die Wahl der Berechtigten ankömmt, und doch die Bedingung ihre Wirkung ipso iure hat.

L. 3. D. quib. mod. pignus (20, 6): Si res fuerit distracta sic, nisi intra certum diem meliorem conditionem invenisset, fueritque tradita, et forte emtor antequam melior conditio offerretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus libro V. digestorum ait, finiri pignus, si melior conditio fuerit allata, quamquam ubi sic res distracta est, nisi emtori displicuisset, pignus finiri non putet.

Diese Stelle hat Anstoß gegeben, in Beziehung auf die materielle Wirkung der Aufhebung rückwärts. Man glaubt unterscheiden zu müssen zwischen einer Bedingung, die in dem Willen des revocablen Eigenthümers steht, und anderen. Dort gelte keine rückwirkende Kraft. Dafür würde sich, so gestellt, gar kein hinreichender Grund angeben lassen. Vielmehr wirkt auch hier die Bedingung, wenn sie eintritt, ipso iure und rückwärts. Aber tritt sie in dem vorliegenden Fall ein? Nein, und darum entscheidet der Jurist so wie er thut. Der Käufer hat durch die Verpfändung die Bedingung aufgegeben.

XIV.

Von der Wirkung der Veräußerungsverbote.

Es giebt zwei Arten von Veräußerungsverboten:

1) Veräußerungsverbote durch rechtliche Vorschrift, z. B. fundus dotalis, vermachte Sachen. Ihre Wirkung ist regelmäßig Nichtigkeit;

2) Veräußerungsverbote durch Privatwillen, Testament oder Vertrag. Hier ist keine Nichtigkeit zu behaupten, die Wirkung ist ein Rechtsmittel des Berechtigten, womit er seinen Anspruch verfolgen kann, dieser geht aber auch nicht einmal auf Rescission der Veräußerung, sondern auf das Interesse, oder, wenn eine poena versprochen ist, auf die Conventionalstrafe. Eine Modification tritt ein a) im Testament, wenn die Sache unter der

Bedingung der Veräußerung einem Anderen vermacht ist, in diesem Fall fällt sie unter jenes gesetzliche Veräußerungsverbot; b) bei Verträgen durch Resolutivbedingung.

Jenes wird bestätigt durch folgende Stellen:

L. 61. D. de pactis (2, 14): Nemo paciscendo efficere potest, ne sibi locum suum dedicare liceat, aut ne sibi in suo sepelire mortuum liceat, aut ne vicino invito praedium alienet.

Es werden verschiedene Arten von Veräußerungen genannt. Wäre die Wirkung Nichtigkeit, so könnte man sie auch dem Pactum nicht absprechen. Aber die Wirkung ist nur eine Klage auf Interesse oder Strafe, diese kann ein Pactum nicht verschaffen.

L. 3. C. de cond. ob causam dat. (4, 6): Ea lege in vos collata donatio, ut neutri alienandae suae portionis facultas ulla competeret, id efficit, ne alteruter vestrum dominium prorsus alienet, vel ut donatori vel eius heredi condictio, si non fuerit conditio servata quaeratur.

Selbst bei der Schenkung ist, wie diese Stelle zeigt, keine Ausnahme.

Eine Ausnahme würde folgende Stelle enthalten:

L. 7. §. 2. D. de distr. pign. (20, 5): Quaeritur si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid iuris sit, et an pactio nulla sit talis, quasi contra ius sit posita, ideoque venire possit? Et certum est nullam esse venditionem, ut pactioni stetur.

Diese Ausnahme wäre ganz grundlos. Aber auch die Stelle selbst ist ganz zusammenhangs- und gedankenlos. Hypothecam vendere pflegt man nicht vom debitor zu sagen. Ferner wird gefragt, ob das Pactum nicht contra ius sei, und diese Frage stillschweigend verneint, was nicht zu rechtfertigen ist. Endlich setzt die Beziehung, in welcher die Worte nullam esse venditionem zu ut pactioni stetur stehen, voraus, daß es keine andere Wirkung gäbe, was keineswegs der Fall ist. Der Verdacht einer Corruption wird vollkommen bestätigt durch den Zusammenhang der Stelle. Der Jurist behandelt in L. 7. cit. Fälle von Verabredungen, wodurch dem Schuldner die Sache erhalten werden soll: pr. indem der Gläubiger verkauft mit der Bedingung, daß er die Sache wieder einlösen dürfe, §. 1. daß der Schuldner sie einlösen dürfe. — Daran würde sich nun natürlich der Fall an-

schließen, ob nicht überhaupt ausgemacht werden kann, daß der Gläubiger nicht verkaufen dürfe. Was die Stelle jetzt enthält, ist ganz außer Zusammenhang mit dem Vorhergehenden.

Die Glossatoren bemerken, daß alte Handschriften die Lesart pactionem oder conventionem hätten statt venditionem. Noch zu Bartolus Zeit gab es solche Handschriften; er erzählt, er habe nach Pisa geschickt, um das dortige Manuscript zu vergleichen. Die Autorität dieses entschied. Daß jenes nicht eine Conjectur ist, zeigt sich gerade darin, daß nur dieses Wort verändert, nicht eine weitere Umgestaltung der Stelle vorgenommen ist.

Von dieser Lesart kommen wir auf die richtige der ganzen Stelle, wodurch dann alle obigen Schwierigkeiten verschwinden:

Quaeritur si pactum sit a debitore, ne liceat creditori hypothecam vendere vel pignus, quid iuris sit et an pactio nulla sit talis, quasi contra ius sit posita, ideoque venire possit? Et certum est nullam esse pactionem, ut venditioni stetur.[1]

XV.

Von der iusta causa traditionis.

Die iusta causa ist der übereinstimmende Wille, Eigenthum zu geben und zu nehmen. Keine Eigenthumsübertragung findet statt, wenn die Parteien verschiedene Sachen im Sinn hatten, error in corpore. Der Tradent muß sein Eigenthum aufgeben wollen; wenn er daher als Procurator eines Anderen gehandelt hat, hat er nicht das Eigenthum verloren.

L. 35. D. de adquir. rer. dom. (41, 1): Si procurator meus vel tutor pupilli rem suam quasi meam vel pupilli alii tradi-

---

1) (v. Vangerow, Leitfaden für Pandekt.-Vorl. (1851) S. 632 wendet ein: 1) der Satz, daß ein Vertrag, durch welchen einem Gläubiger das Veräußerungsrecht genommen werden solle, nichtig sei, sei unwahr. Allein der Schuldner hat in diesem Fall nur die actio furti, L. 4. 5. D. de pign. act. (13, 7), L. 73. D. de furt. (47, 2), nicht die Vindication. 2) die nach der florentinischen Lesart anzunehmende Singularität erkläre sich daraus: daß der Pfandgläubiger durch den Vertrag, welcher dem Schuldner das Veräußerungsrecht entzieht, sein dingliches Recht an der Sache erweitere, er könne im Concurse des neuen Erwerbers die Sache von der Masse vorwegnehmen und habe die exceptio excussionis nicht zu fürchten. Beides ist ein Anachronismus; Marcian hat so wenig an Nov. 4. c. 2. als an den heutigen Concursproceß gedacht. Und wie käme dieser Satz in den Titel de distractione pignorum? A. d. H.)

derint, non recessit ab eis dominium, et nulla est alienatio, quia nemo errans rem suam amittit.

Nemo errans rem suam amittit, d. h. er hat nicht sein Eigenthum aufgegeben. Nicht sind diese Worte, wie es von Manchen geschehen ist, von einem error in corpore zu erklären.

Damit scheint im Widerspruch:

L. 49. D. mandati (17, 1): Servum Titii emi ab alio bona fide et possideo, mandatu meo Titius vendidit, cum ignoraret suum esse, vel contra ego vendidi illius mandatu, cum forte is cui heres extiterit, eum emisset; de iure evictionis et de mandato quaesitum est. Et puto, Titium, quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emtori, neque si rem tradidisset, vindicationem ei concedendam, et idciro[1] mandati agere posse, si quid eius interfuisset, quia forte venditurus non fuerit. Contra mandator, si rem ab eo vindicare velit, exceptione doli summovetur et adversus venditionem (lies venditorem) testatoris sui habet ex emto iure hereditario actionem.

Zwei Fälle sind zu unterscheiden: 1) der Eigenthümer verkauft als Procurator des Nichteigenthümers (übereinstimmend mit dem Fall der L. 35 cit.): de iure evictionis et de mandato quaesitum est. Kann er evinciren was er selbst tradirt hat, und wenn er dies nicht kann, hat er Ansprüche aus dem Mandat? Er kann nicht vindiciren. Dies scheint im Widerspruch mit L. 35 cit. Manche nehmen an: dort sei ein error in corpore vorausgesetzt, hier nicht. Dies ist aber keineswegs der Fall. Die Vindication wird ihm abgesprochen, nicht weil er nicht mehr Eigenthümer sei, sondern weil er dem Käufer für die Eviction haften müßte. Seine Vindication ist ipso iure zulässig, aber es wird exceptio doli dagegen gegeben. Denn auch der Mandatar haftet aus dem von ihm geschlossenen Vertrag, selbst wenn er ausdrücklich als Mandatar contrahirt. Dagegen ist ihm eben deshalb die actio mandati gegen den Mandanten auf das Interesse zu geben, nicht bloß auf den Preis (diesen kann er ohnedies schon vom Käufer fordern mit der actio mandati), sondern auf das sonstige

1) (In der Florentina fehlen (offenbar durch Verwechselung des doppelten mandati) die unstreitig ächten Worte: mandati eum non teneri sed contraria. v. Savigny, Gesch. des R. R. Bd. III. S. 456. v. Scheurl, Beitr. S. 198. Note 4. A. d. H.)

Interesse. 2) Der Eigenthümer giebt den Auftrag zu verkaufen, z. B. seine Sache hat A dem B verkauft, der Eigenthümer ist Erbe des B geworden,[2] sein Erblasser hatte eine fremde Sache gekauft, er hatte gegen A die actio emti, diese hat auch der Eigenthümer als sein Erbe. Gegen seinen Käufer kann er nicht vindiciren, weil er ihm dafür stehen muß, aber er klagt mit der actio emti gegen den Verkäufer seines Erblassers: contra mandator si rem ab eo (lies emtore) vindicare velit, exceptione doli summovetur et adversus venditionem (lies venditorem) testatoris sui habet ex emto iure hereditario actionem.

Die Uebereinstimmung des Willens braucht bloß die Eigenthumsübertragung zu betreffen, daher ist es keine Eigenthumsübertragung, wenn eine Partei eine bloße Gebrauchsüberlassung im Sinne hatte, wohl aber, wenn die Parteien verschiedene Veranlassungen der Eigenthumsübertragung im Sinne haben:

L. 36. D. de adquir. rer. dom. (41, 1): Cum in corpus quidem, quod traditur, consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio. Veluti si ego credam, me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes, ex stipulatu tibi eum deberi. Nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus.

causa dandi ist die Causa der Eigenthumsübertragung; nicht die causa traditionis, sondern das Motiv dieser causa. Einen Widerspruch mit dieser Stelle finden wir in

L. 18. pr. D. de reb. cred. (12, 1): Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit, donationem non esse. Sed an mutua sit, videndum. Et puto nec mutuam esse, magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. Quare si eos consumserit, licet condictione teneatur, tamen doli ex-

---

2) (Die weitere Entwickelung muß so gedacht werden: er läßt die in der Erbschaft des B gefundene Sache, unwissend, daß sie sein Eigenthum war, also in der Meinung, dies durch Erbgang erworben zu haben, durch einen Procurator an einen Käufer C verkaufen. A. d. H.)

ceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumti.

Ulpian handelt hier nicht ex professo von der Eigenthumsfrage, sondern von der Obligatio; hier aber widerspricht er beiläufig auf das Entschiedenste Julian. Er sagt: wäre ein mutuum contrahirt, so wäre das Eigenthum gleich übergegangen und eine condictio entstanden, die lediglich durch die Uebergabe begründet wird. Nun ist kein mutuum, die condictio entsteht erst durch die Consumtion, nur durch diese ist er verpflichtet; aber da diese doch gewiß nur mit dem Willen des Gebers geschah, so fällt die Klage weg, oder vielmehr es steht ihr doli exceptio entgegen. Vor der Consumtion findet keine condictio, also vindicatio statt. Julian dagegen behauptete: vor der Consumtion gilt schon condictio, nur nicht ex mutuo, aber sine causa. Das hielt Ulpian für unzulässig, so lange nummi extant.

Nach der neuesten Erklärung von v. Vangerow soll die erste Stelle von den einzelnen Geldstücken, die zweite von der Summe zu verstehen sein. Diese Erklärung ist unrichtig, denn es giebt kein Eigenthum an der Summe. Vielleicht spricht Ulpian bloß von der Bereicherung? Aber gerade diese giebt er eher zu, da er nach geschehener Consumtion eine exceptio doli giebt. Quare si etc. und weil sie eben kein mutuum sind, so lucrirt sie der Empfänger durch consumtio.

Ulpian widerspricht dem Princip nicht, er macht nur keine Anwendung davon im vorliegenden Fall. Entweder war er so sehr mit der obligatorischen Seite beschäftigt, daß er die Eigenthumsfrage ungenau behandelte, oder wenn es kein Irrthum war, so hatte er einen besonderen Grund, warum er hier eine Ausnahme eintreten ließ. Das erste ist das Wahrscheinlichere, da Ulpian keinen besonderen Grund anführt, und es auch kaum möglich sein wird, einen zu entdecken.

XVI.

Von dem Grundsatz: res transit in locum pretii, pretium in locum rei.

In manchen Fällen, behauptet man, werde jemand darum Eigenthümer, weil eine Sache mit seinem Geld erkauft sei oder umgekehrt. Hieran ist so viel richtig, daß manchen Personen als

beneficium iuris gestattet ist; wenn sie sonst nicht zum Ersatz kommen können, die mit ihrem Geld (auf das eigentlich ihre Forderung geht) gekauften Sachen zu vindiciren. So den Pupillen, den Soldaten, den Frauen in Beziehung auf pecunia dotalis. — Aber man hat diese Sätze aus ihrem Zusammenhang gerissen, und jene absolute Regel daraus gebildet, welche von den universitates iuris gelten soll. So namentlich bei der hereditas, wozu folgende Stelle die Veranlassung gegeben hat:

L. 22. D. de H. P. (5, 3): Si et rem et pretium habeat bonae fidei possessor, puta quod eandem rem emerit, an audiendus sit, si velit rem dare, non pretium? In praedone dicimus electionem esse debere actoris. An hic magis possessor audiendus sit, si velit rem tradere, licet deteriorem factam, non petitor, si pretium desideret — quod inverecundum sit tale desiderium — an vero, quia ex re hereditaria locupletior sit, et id quod amplius habet, ex pretio restituere debeat, videndum. Nam et in Oratione Divi Hadriani ita est: Dispicite, Patres conscripti, numquid sit aequius, possessorem non facere lucrum et pretium, quod ex aliena re perceperit, reddere, quia potest existimari, in locum hereditariae rei venditae pretium eius successisse, et quodammodo ipsum hereditarium factum. Oportet igitur possessorem et rem restituere petitori, et quod ex venditione eius rei lucratus est.

Ein bonae fidei possessor hat die Erbschaft verkauft, dann wieder gekauft, er besitzt also den Preis dafür und die Sache selbst, nun wird er auf den Preis belangt. Das konnte er nach dem Verkauf, vermöge eines Senatusconsult unter Hadrian, welches der Erbschaftsklage diese Ausdehnung verliehen hat. Er will aber die Sache selbst geben, z. B. er hat sie damals sehr theuer verkauft und wohlfeil wieder gekauft; oder die Sache ist verschlechtert. Bei dem praedo ist kein Zweifel, wohl aber beim bonae fidei possessor. Ist dieser zu hören, da der Kläger ja etwas unverschämtes zu fordern scheint, da ihm die Sache, was ihm gebührt, offerirt wird? Oder der Kläger, weil der Besitzer sich nicht bereichern soll, wie denn auch Hadrian in seiner Oratio sagt. Hier nun in dieser Rede finden wir die Aeußerung, man könne dies auch so auffassen: in locum hereditariae rei pretium eius successisse. Wohlgemerkt, der Jurist macht

diese Bemerkung nicht, auch schließt er nicht daraus, es ist diese Bemerkung ein uneigentlicher Ausdruck der Sache, kein Princip.

Der Jurist hält nur an dem Satz: der Besitzer soll nicht gewinnen. Dadurch kommt er auf die Entscheidung am Ende der Stelle, zu der man von jener Regel aus gar nicht kommen wird. Nach jener Regel würde 1) schlechterdings bloß das Pretium zu fordern sein, 2) nicht bloß mit der hereditatis petitio, sondern auch mit der rei vindicatio; davon finden wir keine Spur.

Was man also mit jener Regel bezeichnet, ist nur eine Folge der Ausdehnung der hereditatis petitio auf das lucrum, und geht nicht weiter; jene Regel ist falsch, sie würde zu falschen Folgerungen führen.

XVII.

Von der Occupation wilder Thiere.

Wilde Thiere in ihrer natürlichen Freiheit sind herrenlos, cedunt occupanti; der Besitz wird erworben, gleichgültig ob der Occupant berechtigt war oder nicht. Wie verhält sich dazu

L. 55. D. de adquir. rer. dom. (41, 1): In laqueum, quem venandi causa posueras, aper incidit, cum eo haereret, exemtum eum abstuli, num tibi videor tuum aprum abstulisse? et si tuum putas fuisse, si solutum eum in silvam dimisissem, eo casu tuus esse desisset an maneret? et quam actionem mecum haberes, si desisset tuus esse, num in factum dari oportet, quaero. Respondit: laqueum videamus ne intersit, in publico an in privato posuerim, et si in privato posui, utrum in meo an alieno, et si in alieno, utrum permissu eius, cuius fundus erat, an non permissu eius posuerim; praeterea utrum in eo casu ita haeserit aper, ut expedire se non possit ipse, an diutius luctando expediturus se fuerit. Summam tamen hanc puto esse, ut si in meam potestatem pervenit, meus factus sit. Sin autem aprum meum ferum in suam naturalem laxitatem dimisisses, eo facto meus esse desisset, et actionem mihi in factum dari oportere, veluti responsum est, cum quidam poculum alterius ex nave eiecisset.

Es scheint hier ein Gewicht auf die Berechtigung gelegt zu werden: ne intersit etc. (dies war denn auch die Meinung mehrerer Juristen z. B. des Cujacius). Aber dem ist nicht so; der Jurist selbst stellt alles auf die potestas. Die angeführten

Umstände haben Einfluß darauf, 1) wenn in publico oder in privato ohne Willen des Eigenthümers das Netz gelegt ist, so liegt die Möglichkeit des Zuvorkommens eines Anderen ganz nahe, 2) ist dies nicht der Fall, so ist darauf zu sehen, ob das Thier nicht selbst dem Jäger zuvorkommt.

XVIII.

Von der Verpfändung einer fremden Sache.

Es ist ein Erforderniß der Verpfändung, daß die Sache in bonis des Verpfänders sei. Die Formel der hypothekarischen Klage enthielt es ausdrücklich, der Richter sollte nur dann für den Kläger sprechen, wenn dies nachgewiesen war. Jenes Erforderniß mußte vorhanden sein zur Zeit der Verpfändung, daher 1) schadet es nichts, wenn die Sache nachher aufgehört hat in bonis des Verpfänders zu sein, 2) nützt es nichts, wenn sie nachher in sein Vermögen gekommen ist. Dieser letzte Satz erleidet jedoch Modificationen:

1) bei einer generellen Verpfändung künftiger oder künftig zu erwerbender Sachen, 2) bei einer speciellen unter der Bedingung, daß die Sache erworben werde.

Aber wenn die Verpfändung auch nicht unter dieser Bedingung geschehen ist, so kann sie doch convalesciren: a) hat der Gläubiger gewußt, daß die Sache nicht in bonis des Verpfänders war, so convalescirt die Verpfändung nicht, doch wird er, wenn er im Besitz ist, immerhin gegen den Verpfänder geschützt; b) hat er es nicht gewußt, so ist ihm die hypothecarische Klage utiliter zu geben gegen jeden, der die Befugniß des Verpfänders nicht bona fide anfechten kann.

L. 1. pr. D. de pign. (20, 1): Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est, in speciem autem alienae rei collata conventione, si non fuit ei, qui pignus dabat, debita, postea debitori dominio quaesito, difficilius creditori qui non ignoravit alienam, utilis actio dabitur, sed facilior erit possidenti retentio.

difficilius — dabitur, d. h. die Klage ist nicht ganz ausgeschlossen, sie ist möglich z. B. wenn der Gläubiger eine stillschweigende Bedingung nachweist, oder einen Rechtsirrthum, und er eine Person ist, der ein solcher nachgesehen wird.

sed facilior erit possidenti retentio. Diese setzt nämlich nicht die Existenz eines Pfandes voraus. Der Gläubiger kann sagen, vermöge Uebereinkunft besitze ich das Pfand, diese kannst du nicht brechen.

Vgl. L. 5. C. si aliena res pignori data sit (8, 16): Cum res quae necdum in bonis debitoris est, pignori data ab eo postea in bonis eius esse incipiat, ordinariam quidem actionem super pignore non competere, manifestum est, sed tamen aequitatem facere, ut facile utilis persecutio exemplo pigneratitiae detur.

manifestum est, eben wegen der Formel. Facile etc. es wird hier der Fall der Nichtkenntniß vorausgesetzt.

Es war bisher die Rede von dem Fall, wenn der Verpfänder Eigenthümer geworden ist; nun ist noch der Fall zu betrachten, wenn der Eigenthümer Erbe des Verpfänders geworden ist. Hier scheinen sich zwei Stellen zu widersprechen, von denen die eine eine utilis actio behauptet, die andere nicht. Aber dieser Widerspruch ist nur scheinbar, keine von beiden ausschließlich.

L. 22. D. de pignor. (20, 1): Si Titio qui rem meam ignorante me creditori suo pignori obligaverit, heres extitero, ex postfacto pignus directo quidem non convalescit, sed utilis pigneratitia dabitur creditori.

directo non convalescit, nicht so, daß die Klage zustände, wie wenn der Eigenthümer verpfändet hätte.

utilis dabitur, d. h. wenn kein Grund entgegensteht, wenn alles zusammentrifft, was dazu gehört.

L. 41. D. de pign. act. (13, 7): Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus rei eius esse coepisti, datur utilis actio pigneratitia creditori. Non est idem dicendum, si ego Titio qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres extitero, hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori. Neque utique sufficit ad competendam utilem pigneratitiam actionem eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet. Sed si convenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quo minus utilis actio moveatur.

hoc enim modo etc. nicht auf dieselbe Weise, neque utique sufficit, es muß hinzukommen, daß der Eigenthümer verpflichtet ist, das Pfandrecht anzuerkennen, entweder durch seinen

Consens, oder als Erbe durch Succession in die Verbindlichkeit des Verpfänders; aber nicht immer ist dieser verpflichtet.

Sed si convenisset etc. Diese Worte beziehen sich nicht auf den einzelnen vorausgegangenen Fall, sondern geben das Princip der Convalescenz an. Man kann überhaupt nicht sagen, das Pfandrecht convalescirt schlechtweg durch jenen Umstand, sondern die Klage findet Statt gegen den, der mala fide es leugnen würde, dessen Einwand mit dem Gegeneinwand des Dolus entkräftet werden kann. Dies ist der Fall bei dem, der das Pfandrecht bestellt hat, und zwar als an seiner Sache, so daß er der Unwahrheit beschuldigt werden kann.

Die utilis actio wird in den bisherigen Fällen gegen den Verpfänder gegeben, ebenso gegen seine Erben, insofern sie dafür haften, auch gegen Singularsuccessoren, insofern der Einwand, daß der Verpfänder nicht Eigenthümer gewesen sei, ihrem eigenen Rechte entgegenstehen würde.

Ein Käufer aus der Zeit, wo der Verpfänder schon Eigenthümer geworden war, würde hiernach frei sein von der Klage. Dies ist modificirt, dem Gläubiger soll es nicht schaden, daß er seine utilis actio nicht sofort, als der Verpfänder Eigenthümer geworden war, anstellte, sein Pfandrecht soll wirksam werden, wie wenn er die Klage wirklich angestellt hätte. Dies setzt jedoch voraus, daß er sie anstellen konnte, daß der Wirksamkeit seines Pfandrechts nicht ein anderes Hinderniß entgegenstand. Dies würde der Fall sein, wenn ihm zu der Zeit, wo der Verpfänder Eigenthümer geworden war, ein Potior vorging.

L. 9. §. 3. D. qui pot. (20, 4): Titia praedium alienum Titio pignori dedit, post Mevio; deinde domina eius pignoris acta marito suo in dotem aestimatum dedit. Si Titio soluta sit pecunia, non ideo magis Mevii pignus convalescere placebat. Tunc enim priore dimisso sequentis confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris inveniatur, in proposito autem maritus emtoris loco est; atque ideo, quia neque tunc, cum Mevio obligaretur, neque cum Titio solveretur, in bonis mulieris fuerit, nullum tempus inveniri, quo pignus Mevii convalescere possit. Haec tamen ita, si bona fide in dotem aestimatum praedium maritus accepit, i. e. si ignoravit Mevio obligatum esse.

aestimatum, ist dies nicht der Fall, so ist der Mann nur widerruflicher Eigenthümer, die Frau hat den fundus noch immer in bonis, da er ihr geschuldet wird.

confirmatur pignus. So lange der potior existirt, ist das Pfandrecht von seiner Hauptwirkung entblöst, es ist mehr nominell, durch den Wegfall jenes wird es confirmirt.

si bona fide etc. War dies nicht der Fall, so steht ihm dieselbe replicatio doli entgegen, die auch der Frau entgegenstehen würde, wenn sie Eigenthümerin geblieben wäre.

XIX.

Von dem Alter des Pfandrechts an künftig zu erwerbenden Sachen.

Es giebt nicht wenige Juristen, welche behaupten, ein an künftig zu erwerbenden Sachen gegebenes Pfandrecht existire allerdings nicht früher, als bis die Erwerbung eingetreten sei, aber dann werde es zurückdatirt auf die Zeit des Vertrags. — Diese Ansicht gehört, innere Gründe erwogen, zu den fast undenkbaren. Ein Pfandrecht kann nicht vor seinem Gegenstand existiren, und nicht ehe dieser in bonis ist. Es ist fast widersinnig zu nennen, daß z. B. ein Grundstück, das ich heute erwerbe, einem Pfandrecht, das ich gegeben, unterworfen sein soll zu einer Zeit, wo es noch dem Titius gehörte. — Es sollen nun die auf diese Frage sich beziehenden Stellen unserer Quellen betrachtet werden. Ich beginne mit einer Stelle, die nicht unmittelbar jenen Fall trifft, aber aus der sich doch schon ein Schluß auf ihn ziehen läßt.

L. 11. §. 2. 3. D. qui pot. (20, 4): Si colonus convenit, ut inducta in fundum, illata, ibi nata, pignori essent, et antequam inducat, alii rem hypothecae nomine obligaverit, tunc deinde eam in fundum induxerit, potior erit, qui specialiter pure accepit, quia non ex conventione priori obligatur, sed ex eo quod inducta res est, quod posterius factum est. Si de futura re convenerit, ut hypothecae sit, sicuti est de partu, hoc quaeritur: an ancilla conventionis tempore in bonis fuit debitoris? et in fructibus, si convenit, ut sint pignori, aeque quaeritur: an fundus vel ius utendi fruendi conventionis tempore fuerit debitoris?

Si colonus — factum est. Wenn irgend eine Zurückdatirung möglich wäre, so wäre dies hier der Fall; dennoch geschieht sie nicht, denn der Gegenstand wird erst gegeben mit der Illation, über diese zurück ist kein Pfandrecht möglich. Nicht zu verwechseln ist damit der Fall einer Bedingung, denn da ist der Gegenstand schon gegeben, nur bedingt. — Diese Stelle giebt schon eine Andeutung dessen, was in unserem Fall zu sagen sein wird.

Si de futura — debitoris. Es ist nicht von der Möglichkeit der Verpfändung die Rede. Diese setzt nicht voraus, daß die Sache schon in bonis des Verpfänders ist: denn es können ja auch künftig zu erwerbende Sachen, und somit auch Früchte künftig zu erwerbender Sachen verpfändet werden. Die Stelle spricht von dem Alter des Pfandrechts. — Sie ist entscheidend für unseren Fall, denn wenn jene Meinung richtig wäre, so könnte für das Alter des Pfandrechts an res futurae das Eigenthum an der erzeugenden Sache kein entscheidendes Moment bilden.

L. 7. §. 1. D. eod: Si tibi quae habiturus sum, obligaverim, et Titio specialiter fundum, si in dominium meum pervenerit, mox dominium eius adquisiero, putat Marcellus, concurrere

utrumque creditorem et in pignore. Non enim multum facit, quod de suo nummos debitor dederit, quippe cum res ex nummis pigneratis emta non sit pignerata ob hoc solum, quod pecunia pignerata erat.

Um jene Meinung zu salviren setzt man voraus, beide Verpfändungen seien gleichzeitig. Dies ist unmöglich, weil der Jurist diesen Umstand, von dem die ganze Entscheidung abhängen würde, hervorgehoben haben müßte. Daß er es nicht gethan hat, beweist, daß er gleichgültig ist. — Der entscheidende Umstand ist, daß das Pfandrecht mit der Erwerbung entsteht; darum die Schlußbemerkung, man könne nicht sagen, der Fundus nehme die Eigenschaft des Preises an, der dem Verpfänder schon früher gehörte.

L. 28. D. de iure fisci (49, 14): Si qui mihi obligaverat quae habet habiturusque esset, cum fisco contraxerit, sciendum est, in re postea adquisita fiscum potiorem esse debere, Papinianum respondisse, quod et constitutum est. Praevenit enim causam pignoris fiscus (Ulp.).

Dies ist eine ganz entscheidende Stelle. Praevenit enim causam pignoris fiscus heißt: wäre das Pfandrecht des Fiscus ein späteres, so würde der Fiscus nicht vorgehen; nun ist es aber nicht ein späteres, sondern ein, abgesehen von dem Privilegium des Fiscus, gleichzeitiges.

Wir kommen nun zu den Stellen, auf die man sich zur Vertheidigung der entgegengesetzten Meinung berufen hat:

L. 21. pr. D. qui pot. (20, 4): Titius Seiae ob summam, qua ex tutela ei condemnatus erat, obligavit pignori omnia bona sua, quae habebat quaeque habiturus esset; postea mutuatus a fisco pecuniam pignori ei res suas omnes obligavit, et intulit Seiae partem debiti, et reliquam summam novatione facta eidem promisit, in qua obligatione similiter ut supra de pignore convenit. Quaesitum est an Seia praeferenda sit fisco et in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit. Item in his rebus, quas post priorem obligationem adquisiit, donec universum debitum suum consequatur? Respondit, nihil proponi, cur non sit praeferenda (Scaevola).

Man hat diese Stelle für widersprechend gehalten. Dies wäre allerdings der Fall, wenn der Jurist sagte: der frühere Gläubiger geht in allen nachher bis jetzt, auch nach dem Eintritt des zweiten Gläubigers, erworbenen Sachen vor. Aber der Jurist will nur den Zweifel entscheiden, welchen die eingetretene Novation anregen könnte. Man könnte streng genommen sagen, die frühere Forderung und somit das frühere Pfandrecht ist aufgehoben. Das Pfandrecht wegen des novirten Restes der Forderung sei ein neues. Nein, sagt der Jurist, auch für diesen Rest (donec universum debitum suum consequatur) ist es das alte Pfandrecht durch Uebertragung auf die neue Forderung,

f. §. 213 unter 2), und zwar nicht bloß für die Sachen, welche sie zur Zeit der früheren nun in die Novation übergegangenen Forderung hatte. Die nachher erworbenen sind nicht ausgenommen von der Verpfändung und also auch nicht von der Uebertragung des Pfandrechts. Der Jurist sagt nicht: die nachher erworbenen bis wann? Wenn er meint, bis jetzt, so ist dies unrichtig. Richtig dagegen, wenn er meint, bis zur Entstehung des zweiten Pfandrechts und der Novation. Und dafür, daß er diesen Termin im Sinn hat, spricht 1) daß er sich überhaupt zunächst nur mit diesem Act und seiner Wirkung auf das Pfandrecht beschäftigt, 2) nach Rudorffs Bemerkung, was ganz entscheidend ist, daß in dem vorgetragenen Fall dem Fiscus die künftig erworbenen Sachen nicht verpfändet waren (denn die stillschweigende Erstreckung darauf ist erst später eingeführt), so daß nur in Beziehung auf die bis zum Eintritt des Fiscus erworbenen eine Concurrenz möglich war.

L. 15. §. 1. D. de pignor. (20, 1): Quod dicitur, creditorem probare debere, cum conveniebat, rem in bonis debitoris fuisse, ad eam conventionem pertinet, quae specialiter facta est, non ad illam, quae quotidie inseri solet cautionibus, ut specialiter rebus hypothecae nomine datis, cetera etiam bona teneantur debitoris, quae nunc habet et quae postea adquisierit, perinde atque si specialiter hae res fuissent obligatae.

Auch diese Stelle hat man für jene Meinung angeführt, sie spricht aber in der That gar nicht von dem Alter des Pfandrechts.

Man könnte nun noch die entgegengesetzte Meinung dadurch unterstützen wollen, daß man sie auf den Willen des Verpfänders zurückführt, es sei die Intention, daß dieses Pfandrecht schon von jener Zeit an als bestehend betrachtet werde. Aber diesem Willen steht die Unfähigkeit des Verpfänders entgegen, der Grundsatz, der für einen anderen Fall ausgesprochen ist, in

L. 16. §. 1. D. eod.: Si nesciente domino res eius hypothecae data sit, deinde postea dominus ratum habuerit, dicendum est, hoc ipsum quod ratum habet, voluisse eum retro recurrere ratihabitionem ad illud tempus quo convenit. Voluntas autem fere eorum demum servabitur, qui et pignori dare possunt.

Berichtigungen.

Seite 6 Zeile 4 von unten statt allmählich lies: allmählig. Seite 12 Anm. 3 Zeile 9 von unten statt cap. 3 lies: can. 3. Seite 113 Anm. 2 Zeile 2 von unten lies: Bd. 2. S. 284 ff. S. 245 Anm. 2 Zeile 3 von unten statt S. 132 lies: Seite 432.

Officin von Bernhard Tauchnitz.

Halm

Puchta, Georg Friedrich,

Vorlesungen über das heutige römische Recht

Bd.: 1

Leipzig 1854